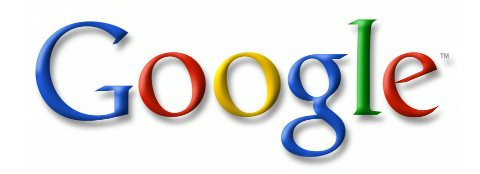


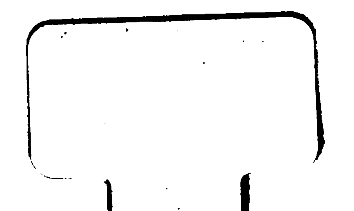


WAVRE

Le porte-fort

1898





LE PORTE-FORT
EN DROIT FÉDÉRAL

C.O. ART. 127

DISSERTATION

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERNE
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR

PAR

ANDRÉ WAVRE,
Licencié en Droit,
DE NEUCHATEL

NEUCHATEL
IMPRIMERIE PAUL ATTINGER
1898

LE PORTE-FORT EN DROIT FÉDÉRAL

C. O. ART. 127

INTRODUCTION

Il n'est sans doute pas superflu de commencer cette étude par quelque explication sur le sujet que nous nous proposons de traiter, sur ce terme étrange, « *porte-fort* »,[1] qu'on chercherait en vain dans le texte de notre loi fédérale.

Qu'est-ce que le *porte-fort?* Peut-on parler de *porte-fort* dans le C. O.?

« Se porter fort » pour quelqu'un, « se faire fort » de quelqu'un est une vieille expression d'un usage assez répandu, mais dont le sens est vague et passablement élastique. Dans le langage populaire, se porter fort pour un tiers, c'est le garantir, le cautionner; c'est répondre de son consentement, de son approbation, de ses capacités, de son aptitude. Dans le domaine des transactions, il arrive souvent qu'une personne, désirant passer un contrat au nom d'une autre, mais n'ayant pas qualité à cet effet, et ne pouvant pas l'obliger par ses actes, se

[1] « Expression vague et quelque peu barbare », dit Marcadé (IV, nº 430.)

porte fort pour elle. Se porter fort, c'est alors promettre, sous sa propre responsabilité, que le tiers fera ce dont il est question ; c'est garantir que ce tiers, qui peut seul procurer l'objet promis, viendra lui-même exécuter la prestation, ou tout au moins s'y obliger personnellement. En cas d'incapacité ou d'absence, la promesse de porte-fort rend les plus grands services ; on se porte fort, par exemple, qu'un contrat conclu par un mineur, et dont les effets doivent se produire immédiatement, sera ratifié postérieurement par le tuteur ou par le mineur au moment où il aura atteint sa majorité ; on se porte fort qu'un absent ratifiera lors de son retour les actes passés en son nom, ne fera pas annuler la vente de biens lui appartenant, exécutera certaines prestations, etc. En un mot, le *porte-fort* est celui qui promet avec animus obligandi, qui garantit le fait d'un tiers; c'est celui dont s'occupe l'art. 127, C. O., ainsi conçu :

« Celui qui promet le fait d'un tiers est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers. »

Promettre le fait d'un tiers, c'est donc faire une promesse valable. Mais les Romains qui nous ont enseigné le Droit ne nous ont-ils pas appris le contraire ? Justinien n'a-t-il pas répété après Hermogène : « Factum alienum inutiliter promittitur » ! D'où vient que nous avons abandonné le principe de nos maîtres, pour en formuler un nouveau, si différent ?

Pour comprendre ce phénomène, il suffit de comparer le formalisme étroit, qui régnait à Rome en matière de contrats, avec notre conception moderne, beaucoup plus large. On verra alors que ce qui faisait dire aux Romains : *factum alienum inutiliter promittitur*,

ne peut pas nous empêcher de déclarer valable la promesse du fait d'autrui. En réalité, le principe est le même ; la forme seule a changé.

I. En droit romain, promettre le fait d'un tiers, c'est faire un acte nul.[2] Justinien range dans la catégorie des stipulations inutiles celle par laquelle une personne promet qu'une autre donnera ou fera quelque chose. « Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. » § 3. J. de inut. stip., 3. 19. « Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur : itaque alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur, nam de se quemque promittere oportet. » l. 83. D. de V. O., 45. 1, « factum alienum inutiliter promittitur », l. 65. D. de fidej. et mand. 46. 1.[3] — Ce principe, affirmé si catégoriquement par des juristes éminents, tels que Paul, Ulpien, Hermogène, semble tout naturel, si l'on écoute les raisons qu'ils nous en donnent, et si l'on se rappelle le formalisme excessif qui a présidé aux premiers développements du droit.

Il est évident que le tiers ne saurait être obligé par les paroles du promettant ; il n'était pas partie au contrat, et nous savons que, sauf les cas de représentation, personne n'a qualité pour obliger des tiers par ses pro-

[2] Maynz : *Cours de droit romain*, t. II § 206. — Ortolan : *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, t. II. — Namur : *Cours d'Institutes et d'histoire du droit romain*, t. I § 204. — Hertius : *De obligatione alium daturum facturumve, disquisitio.* — Vinnius : *Institutionum commentarius*, ad. § 3. I. 3. 28. — Glück : *Erläuterung der Pandekten*, IV. Theil § 304. — Vangerow : *Lehrbuch der Pandekten*, III § 608. — Windscheid : *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II § 317. — Baron : *Pandekten*, § 217. — Savigny : *Obligationenrecht*, II § 59.

[3] § 21. I. eod. — l. 38. pr. D. de V. O. 45. 1.

messes. « Certissimum est, ex alterius contractu neminem obligari. » « Inter alios res gestas aliis non posse præjudicium facere, sæpe constitutum est. » « Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. »[4] — Si donc je vous ai promis que Titius vous donnera quelque chose, Titius n'est pas obligé. Cela est si certain que Justinien n'a pas pris la peine de le dire dans ses Institutes.

Il y a toutefois, en droit romain, des cas dans lesquels un tiers se trouve obligé par les paroles du promettant.[5]

C'est ainsi que le maître promet valablement les actes de son esclave, le patron ceux de son affranchi et le père ceux du fils de famille. En réalité, dans ces cas, le promettant ne promet pas le fait d'autrui, mais le sien propre, puisque le maître a un droit sur les travaux de son esclave, le patron sur ceux de son affranchi et le père de famille sur ceux de ses enfants. L'héritier de même est obligé par les promesses du défunt;[6] c'est que tous deux ne forment pour ainsi dire qu'une seule personne : heres personam defuncti sustinet.

Mais ce n'est pas seulement le tiers, dont le fait a été promis, qui n'est pas obligé; c'est aussi le promettant lui-même, nous dit Justinien. La promesse est complétement nulle, et celui qui l'a faite n'est pas même tenu

[4] 3. Cod. 4. 12. — 1. Cod. 7. 60. — l. 73. § 4. D. 50. 17. — 6 Cod. 4. 50. — l. 11 D. 44. 7. — l. 39 D. 3. 5.

[5] Hertius : op. cit. Sect. 1. § II. — l. 37. D. 7. 1. — l. 9, l. 37. § 4. D. 38. 1. — l. 26. § 12. D. 12. 6. — l. 38. § 1. D. 45. 1.

[6] l. 38. § 1. D. 45. 1. — Vangerow, § 608. — Jusqu'à Justinien, ce n'était pas le cas; la règle était « ab heredis persona obligationem incipere non posse ». Gaius, III. 100. 117. 158. Justinien (l. 11. Cod. 8. 38) a décidé qu'un testateur pourrait s'obliger pour le moment de sa mort. Dès lors « obligatio et actio a persona heredis incipere possunt ».

de faire son possible pour obtenir l'acte du tiers. Pourquoi cela ? Il était partie au contrat ; il a promis en son nom ; pourquoi n'est-il pas obligé par sa promesse ? Ce n'est pas dans la raison naturelle, ni dans les principes généraux du droit qu'il faut chercher l'explication de cette règle ; c'est uniquement dans le formalisme du droit romain.

Les contrats, à Rome, ne se formaient pas en général par la seule volonté des parties. Le consentement était toujours nécessaire ; mais dans la plupart des cas, il devait être accompagné de formes solennelles, qui seules rendaient le contrat parfait et liaient les parties. Le contrat se formait tantôt *re,* tantôt *litteris*, tantôt *verbis,* et c'était seulement dans certains cas qu'il se formait *solo consensu.* Dans l'espèce qui nous occupe, c'est-à-dire pour promettre le fait d'un tiers, la seule forme de contrat à laquelle on pût songer était la stipulation, contrat verbal excessivement rigoureux (stricti juris), dans lequel le formalisme avait été poussé jusqu'à ses dernières limites. [7] L'obligation ne résultait que de la réponse solennelle et formelle du promettant, réponse qui devait en outre s'adapter minutieusement à l'interrogation du stipulant. [8] Les mots y jouaient donc un rôle essentiel, et l'on s'attachait beaucoup moins à l'intention probable du promettant et du stipulant qu'au texte littéral de l'interrogation et de la réponse. D'un

[7] Gaius. Inst. III. 92 sq. — Justinien, I. de verb. obl. 3. 15.

[8] Cette correspondance exacte entre les mots de l'interrogation et ceux de la réponse ne fut exigée qu'à l'origine, au temps des formules sacramentelles. On dut y renoncer de bonne heure, mais les mots conservèrent néanmoins une importance prépondérante. V. l. 1. § 2, l. 65. pr. D. 45. 1.

pareil système devaient naturellement découler des règles qui, sans cela, seraient absurdes.

Quand je vous promets que Titius donnera ou fera quelque chose, moi promettant, je ne suis pas obligé, pas même à faire des démarches auprès de Titius. La chose même que j'ai promise, le fait de Titius, ne dépendant pas de moi, mais uniquement de Titius, il est impossible que ce soit là l'objet de mon obligation : « impossibilium nulla est obligatio ». Quant à mon propre fait, je ne l'ai pas promis. Si je ne suis pas obligé à faire ce que je puis, pour que Titius exécute, ou à payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution, ou à telle autre prestation, c'est parce que je n'ai pas eu cette volonté, ou plutôt parce que mes paroles ne l'ont pas exprimée. Ce que j'ai promis, c'est le seul fait de Titius ; je n'ai rien voulu, je n'ai rien déclaré d'autre.

En résumé, la promesse qu'un tiers donnera ou fera quelque chose n'oblige ni le promettant, parce qu'il n'a pas voulu (ou déclaré vouloir) s'obliger, ni le tiers, parce que le promettant n'a pu l'obliger. C'est ce que dit fort bien une constitution de Dioclétien et Maximien, à l'égard d'un mari qui a acheté au nom de sa femme, dont il gérait la fortune : Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, empti actionem nec illi nec tibi quæsisti, « *dum tibi non vis, nec illi potes* ».[9]

C'est donc parce qu'il n'a pas suffisamment annoncé l'intention de promettre son propre fait, que le promettant n'est pas obligé. Cela est si vrai que toutes les fois où, en promettant le fait d'autrui, *de alio,* il a manifesté l'intention de promettre aussi le sien, *de se,* les juristes

[9] 6. Cod. 4. 50.

romains ne voient aucun obstacle à la validité de sa promesse.[10] Justinien nous dit, par exemple, que celui qui promet de faire que Titius donne quelque chose, contracte une obligation valable : « Quod si effecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligabitur. » § 3. J. de inut. stip., 3. 19. Et pourquoi en serait-il autrement ? Le promettant a promis son propre fait ; il s'est engagé à faire son possible auprès de Titius, à obtenir de Titius le fait promis. Cette promesse n'a rien d'impossible ni d'illicite ; il est tout naturel qu'elle lie celui qui l'a faite.[11]

Il en est de même quand la promesse du fait d'autrui a été accompagnée de la stipulation d'une peine, ou de dommages et intérêts. « Qui alium facturum promisit videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit. » § 21. J. eod. « At si quis velit factum alienum promittere : pœnam, vel quanti ea res sit, potest promittere. » l. 38. D. de V. O. 45. 1.[12] Ici encore, on ne saurait nier que le promettant ait eu et ait manifesté la volonté de s'obliger. Mais une difficulté surgit : L'obligation du promettant consiste-t-elle simplement à exécuter la peine ou à payer des dommages et intérêts, si le tiers agit contrairement à ce qui a été promis ; ou bien le promettant est-il aussi tenu de faire son possible pour obtenir du tiers l'acte en question ? Sommes-nous en présence d'une simple obligation conditionnelle, ou devons-nous admettre que la stipulation d'une peine ou de dommages et intérêts, en indiquant clairement que l'intention du promettant était de s'obliger, a eu pour effet de donner une valeur à la première partie de la stipula-

[10] Hertius. Sect. 1. § IV.
[11] l. 67. § 1. D. 45. 1. — l. 42. § 1 D. 12. 1. — l. 73. de leg. I.
[12] l. 38. § 13. D. eod.

tion, à la promesse du fait d'autrui ? [13] Cette dernière hypothèse, en faveur de laquelle parlent la rédaction du § 21. J. 3. 19 et le mot *pœna*, s'accorde parfaitement avec les règles que nous venons d'étudier. Elle n'est cependant pas unanimement adoptée. [14]

Enfin le droit romain connaissait quelques cas exceptionnels où la simple promesse du fait d'autrui était obligatoire pour celui qui l'avait faite. Quand même lés parties n'avaient fait allusion dans la stipulation qu'à un *factum alienum,* les circonstances, la nature de l'affaire, l'équité, voulaient qu'on y vît une promesse tacite du promettant d'amener le tiers à exécuter et de payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution. Ulpien [15] dit que celui qui promet qu'un tiers se présentera en justice promet par là de faire que ce tiers se présente. Quotiens quis *alium sisti* promittit, nec adjicit pœnam (puta vel servum suum, vel hominem liberum), quæritur, an committatur stipulatio ? Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit pœnam dari : in id, quanti interest sisti, contineri : et verum est, quod Celsus ait : nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet. [16] Celui qui agit pour le

[13] Vangerow III. § 608. — Windscheid II. § 286, note 2.

[14] Maynz II. § 206, note 2. « C'est à tort que l'on dit quelquefois, suivant une rédaction inexacte de Justinien, que pareille convention peut devenir valable quand l'un des contractants se porte fort pour le tiers, particulièrement en promettant une peine pour le cas ou celui-ci n'exécuterait pas. § 21. J. 3. 19 — fr. 38. § 2. 4. 13. D. 45. 1. Ce qui est valable dans les cas de ce genre, ce n'est pas la promesse du fait d'autrui, mais la stipulation de peine dont l'efficacité dépend du fait d'autrui, c'est-à-dire d'un événement futur et incertain, d'une condition : le fait d'autrui n'est point in obligatione, mais in condicione. »

[15] l. 81. D. 45. 1.

[16] v. en outre l. 38. § 24. D. 45. 1.

compte d'une autre personne et qui promet la ratification, s'engage par là à dédommager l'autre partie, dans le cas où la ratification n'interviendrait pas. Si commissa est stipulatio *ratam rem dominum habiturum :* in tantum competit, in quantum mea interfuit : id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui, l. 13, pr. D. ratam rem. 46. 8. [17]

Ulpien, citant l'exemple d'un débiteur qui a promis à son créancier qu'une certaine personne cautionnerait sa dette, le déclare obligé à fournir une caution de même sûreté ou à payer des dommages et intérêts : [18] Sed et si quis certam personam fidejussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, ut Pomponius scribit. Quid tamen, si ea persona nolit fidejubere ? Puto teneri eum, qui constituit : nisi aliud actum est. Quid, si ante decessit ? Si mora interveniente, æquum est, teneri eum, qui constituit, vel in id, quod interest, vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubeutem præstet : si nulla mora interveniente, magis puto non teneri, l. 14, § 2 de const. pec. 13. 5.

Ce sont là toutefois des exceptions qu'il faut se garder de généraliser. En droit romain, répétons-le, la règle est contenue dans les §§ 3 et 21. J. 3. 19, et l'on peut dire avec Hermogène : factum alienum inutiliter promittitur.

II. Ce qui caractérise l'histoire des institutions juridiques, celle du droit des obligations tout spécialement, c'est la disparition graduelle du formalisme et la tendance à la liberté de la forme. Le formalisme, nécessaire à l'origine pour frapper l'imagination et donner

[17] v. en outre l. 18. D. 46. 8. — l. 19. D. eod.
[18] v. Glück § 304. 2. d.

une certaine solennité à des actes jusqu'alors inconnus, perd peu à peu de son utilité, à mesure que ces actes deviennent plus familiers ; il n'est plus qu'encombrant, et dès lors doit disparaître. C'est là un phénomène général qu'on retrouve chez tous les peuples et dans tous les domaines du droit.

Notre droit moderne s'est débarrassé de toutes les formes inutiles pour affirmer le principe de la liberté des contrats. Il suffit en général que les parties se soient mises d'accord pour qu'il y ait contrat, et ce n'est que dans quelques cas exceptionnels qu'il est nécessaire de recourir à une forme spéciale. Dans la règle, la forme importe peu ; il ne faut donc pas s'arrêter à la forme, mais rechercher la commune intention des parties.

On comprend facilement que l'influence de ces nouveaux principes ait été très grande dans la matière qui nous occupe. La promesse du fait d'un tiers ne pouvait plus être déclarée nulle a priori, comme en droit romain, pour la seule raison que celui qui promet un fait qui ne dépend pas de lui, ne déclare pas la volonté de s'obliger personnellement. Il fallait au contraire rechercher dans chaque cas l'intention du promettant et du stipulant ; et comme presque toujours on ne pouvait admettre que cette intention avait été de faire un acte inutile, on a formulé la règle générale que promettre le fait d'un tiers, c'est promettre tacitement un fait personnel, et par conséquent s'obliger. [19]

[19] Hertius : Sect. 1. § IV : « Nam licet stipulationes quædam explicite et quoad formam verborum externam videantur continere factum prorsus alienum, implicite tamen et quoad effectum, factum proprium ut inclusum intelligatur, interdum æquitas, conditio et qualitas negotii quam maxime exposcit. »

Mais cette règle devait donner lieu à de nouvelles difficultés, car il ne suffit pas de dire qu'il y a une promesse tacite dans la promesse du fait d'autrui ; il faut encore dire quelle est cette promesse tacite. A quoi sert de savoir que le promettant est obligé, si on ignore l'objet de son obligation ?

Cette obligation peut consister simplement à faire des démarches auprès du tiers, pour l'amener à exécuter le fait promis, ou tout au moins pour l'engager à s'y obliger personnellement. Elle peut aussi être plus étendue. La promesse du fait d'un tiers peut contenir la garantie que le tiers exécutera, et l'obligation pour le promettant de payer des dommages et intérêts, si le tiers n'exécute pas, ou même l'obligation d'exécuter à défaut du tiers. [20] Il est évident que ce n'est qu'en recherchant la volonté des parties qu'on pourra arriver dans chaque cas à une solution satisfaisante. Les circonstances, la nature de l'affaire, la forme de l'acte, les clauses accessoires de la convention, la qualité des parties, leurs relations antérieures seront presque toujours pour le juge des indices suffisants. Mais il se présentera des cas où toutes recherches n'aboutiront pas à déterminer la volonté des parties. On peut donc se demander quelle règle le juge doit appliquer in dubio.

Sur ce point, les législations modernes se sont sépa-

[20] v. « Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. » § 348. b. — « Ein Vertrag über die Handlung eines Dritten verpflichtet im Zweifel den Versprechenden, für den Erfolg seines Versprechens einzustehen. » Cette règle d'interprétation a été jugée non justifiée et comme telle supprimée dans le second projet. — Reatz : Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürg. Gesetzb... Bd. I.

rées. [21] Les unes ont pris parti pour l'obligation la plus faible ; d'autres, et parmi elles le C. O., pour l'obligation la plus forte. Quelques-unes enfin ne contiennent rien ou seulement des dispositions générales sur la promesse du fait d'un tiers, de façon que le juge a été laissé libre de décider lui-même. Ces divergences entre les différentes législations n'ont toutefois qu'une importance secondaire, puisque ces règles sont de droit dispositif et qu'avant de les appliquer, il faut toujours voir ce que les parties ont voulu.

Cela explique la déclaration suivante de M. Vogt : [22]

« Que l'on dise dans la loi, comme le faisaient les Romains, que la promesse du fait d'autrui est sans effet, ou que l'on dise, avec le C. O., qu'elle est efficace ; on en arrive au même résultat. C'est dans chaque cas la volonté des parties qui décide, et le juge interprète cette volonté d'après les circonstances. » [23]

[21] C. c. fr., art. 1120. — C. c. belge, 1120. — C. c. italien, art. 1129. — Allg. bürg. Gesetzb. für das Kaiserthum Oesterreich. § 881 : « Ausser den von den Gesetzen bestimmten Fällen kann zwar niemand für einen Andern ein Versprechen machen, oder annehmen. Hat aber jemand seine Verwendung bei einem Dritten versprochen, oder gar für den Erfolg gestanden ; so muss er die eingegangene Verbindlichkeit nach Mass seines Versprechens erfüllen. » — Comp. C. O., art. 127, et le premier projet de c. c. allemand. § 348. al. 2.

[22] « Leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des Schw. Obl. R. im alten Theile des Kantons Bern. » S. 81.

[23] « Sage man im Gesetze, wie die Römer es thaten : ein solches Versprechen zu Lasten eines Dritten sei ungültig, sage man wie O. R. verpflichtend, so kommt das auf das gleiche Resultat hinaus ; immer entscheidet das im einzelnen Falle Gewollte und das entnimmt der Richter aus dessen gesammten Verumständungen. »

CHAPITRE PREMIER

Dispositions du C. O. sur le porte-fort[1].

§ 1. La promesse du fait d'un tiers.

Porte-fort est un terme inconnu de notre C. O. Cela ne signifie pas que le législateur fédéral ait laissé aux Cantons le soin d'édicter des règles sur la matière, ni qu'il ait interdit cette institution, et que chez nous celui qui déclare se porter fort pour un tiers fasse un acte qui ne rentre pas dans le domaine du droit. Les mots n'ont pas d'importance, et du fait que la loi ignore le terme, on ne saurait déduire qu'elle ignore aussi la chose. Le législateur pourrait avoir désigné par une autre expression ce que la doctrine appelle un porte-fort; il pourrait aussi l'avoir autorisé et réglementé sans le nommer.

Celui qui est chargé d'élaborer la loi a une double mission. Tout d'abord, il doit établir des règles de droit impératif, règles qui ont pour but de nous enseigner ce

[1] M. Rossel : « Le porte-fort en droit fédéral » dans le *Journal des Tribunaux* 1893, p. 465. *Manuel du droit des Oblig.* n[os] 141 et s. — Jacottet : *Manuel du droit féd. des Obl.*, p. 94. — Schneider et Fick : *Commentaire du C. O.* — Haberstich : *Obligationenrecht.* — Hafner : *Das Schw. O. R.*

qui est permis et ce qui ne l'est pas, ce qui est valable et ce qui est nul ; puis, venant au secours du juge embarrassé, le législateur édicte des règles de droit dispositif ou complémentaire, simples présomptions auxquelles on n'aura recours que lorsque la volonté des parties n'aura pas été clairement manifestée. Là s'arrête la tâche du législateur. La loi n'est pas un manuel de droit. C'est aux juristes qu'il incombe d'étudier la loi, de rechercher l'origine, le développement et le pourquoi de ses dispositions, et de replacer le tout dans les cadres de la théorie.

Supposons un instant que, feuilletant notre Code, nous ne trouvions aucune disposition qui pût s'appliquer directement à l'institution que nous avons à étudier. Qu'aurions-nous à faire ? Dirions-nous d'emblée que cette institution, laissée de côté par le législateur, est étrangère, contraire à la loi ? Non. Nous chercherions sur quels principes elle repose, quels sont sa nature et son but ; puis, comparant ces données avec les règles de droit impératif, nous déciderions si elle est conforme ou non à la loi. Enfin, si le résultat était affirmatif, nous pourrions, en nous basant sur les règles d'une portée générale et sur celles qui s'appliquent plus spécialement aux institutions analogues à la nôtre, formuler les dispositions qui la régissent dans notre Code.

Nous n'en sommes pas tout à fait réduits à cette extrémité. Le législateur fédéral s'est occupé du porte-fort, sans le nommer. Malheureusement, il a été excessivement bref à ce sujet. Il en est résulté une foule de questions délicates, auxquelles il est parfois très difficile, presque impossible de répondre. Dans les discussions des projets du Code, la question du porte-fort ou de la

promesse du fait d'autrui n'a presque pas été touchée, et l'art. 127 de la rédaction définitive se retrouve dans tous les projets à peu près dans les mêmes termes : « Celui qui promet le fait d'un tiers est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers. »

Promettre le fait d'un tiers avec intention de s'obliger, c'est se porter fort pour ce tiers ; on ne saurait donc nier que c'est de la promesse de porte-fort que s'occupe l'art. 127 C. O. Mais on peut se demander pourquoi le législateur n'a pas employé ce terme si commode, qui aurait pu éviter des longueurs et bien des malentendus dans les conventions. La cause doit en être cherchée, selon nous, dans le fait que le texte français, quoique original, n'est en grande partie qu'une traduction littérale de l'allemand. Comme il n'y a pas de terme allemand correspondant à porte-fort, on n'a pas mis dans un texte ce qui ne se trouvait pas dans l'autre. Un des premiers projets cependant contenait la disposition suivante [2] : « Quiconque promet le fait d'un tiers avec l'intention de se porter-fort pour lui est passible de dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers. » Ce projet a échoué. Les mots « avec l'intention de se porter fort pour lui » ont été supprimés définitivement ; mais ce n'en est pas moins avec raison que les commentateurs français du C. O. appellent « porte-fort » celui qui se trouve dans le cas prévu par l'art. 127.

[2] Projet élaboré d'après les décisions d'une commission du 22-28 oct. 1869 et du 6-13 oct. 1872. Art. 25. Le texte allemand disait : Ein Vertrag, durch welchen die Leistung eines Dritten *ernstlich* versprochen wird, verpflichtet den Versprechenden, Schadenersatz zu leisten, falls die Leistung nicht erfolgen sollte.

Celui qui promet le fait d'un tiers est tenu à des dommages et intérêts ; il est donc obligé. Ce qui, en droit romain, n'était qu'un cas tout à fait exceptionnel, ce que le droit français [3] n'envisage encore que comme une exception, est ainsi devenu la règle dans le C. O. Nous avons vu qu'en droit romain la promesse du fait d'un tiers était tout à fait nulle, sauf dans quelques cas consacrés par l'usage, et que la cause de cette nullité était un formalisme excessif. Dans le c. c. fr., l'art. 1120 permet de se porter fort pour un tiers ; mais ce n'est là qu'une exception, une dérogation au principe général posé par l'article précédent.

Art. 1119. « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même. »

Art. 1120. « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. »

C'est cet art. 1120, celui qui contient l'exception, qui correspond à notre article 127. La règle générale, celle de l'art. 1119, n'a pas été reproduite par le législateur fédéral.

Avant de conclure à une lacune dans notre Code, il

[3] Pothier : *Traité des Obligations*, § 53 et sq. — Sur c. c. fr., art. 1119 et 1120, voir Marcadé IV. nos 426 et suiv. — Mourlon, II. l. III. t. III. Sect. 1. — Toullier. t. III. p. 363. — Delvincourt. II. liv. III. tit. V. — Demante. V. 29 bis. — Demolombe : *Traité des contrats*. I. nos 203 et sq. — Larombière : *Théorie et pratique des obligations*. I. 1119. — Aubry et Rau. IV. § 343. — Laurent. XV. no 542. — Sirey : *Les Codes annotés*. art. 1119 et 1120. — Baudry-Lacantinerie et L. Barde : *Traité théorique et pratique de droit civil* (1897) : Des Obligations. I. nos 128 et sq. — Fuzier-Herman : *Code civil annoté*. II. ad art. 1120. — Jacottet : *Droit civil neuchâtelois*. II. 39 et sq.

importe de bien connaître la portée de l'art. 1119, c. c. fr. Les auteurs français sont divisés à ce sujet. Les uns critiquent amèrement la présence de cette disposition qui reproduit les règles du droit romain, sans tenir compte du système moderne en matière de contrats, et dont la raison n'est due qu'à une routine aveugle. Les autres proclament l'importance théorique de l'art. 1119, et s'efforcent de lui trouver une valeur pratique.

Dire qu'on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même, cela signifie qu'on ne peut promettre que pour soi-même, qu'on ne peut promettre le fait d'un tiers. Pothier [1] déclare ce principe évident, « car lorsque j'ai promis qu'un autre vous donnerait quelque chose, ou ferait quelque chose, sans me faire fort de lui, ni rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce tiers ni moi. Elle ne peut obliger le tiers, car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre sans son fait ; elle ne m'oblige pas non plus, car puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre, et non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger ».

Cela est évident, en effet : Je ne suis pas obligé, si je n'ai pas eu l'intention de m'obliger. Mais Pothier continue : « Au reste, on présume facilement que celui qui a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose, n'a pas entendu *pure de alio promittere,* mais qu'il a entendu promettre aussi *de se,* c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé. » Ainsi Pothier admettait déjà la présomption que celui qui promet le fait d'un tiers entend par là-même s'obliger. L'art. 1120 reproduit cette présomption,

[1] Obligations. 56.

puisqu'il ne soumet pas la promesse du porte-fort à une forme spéciale. Il n'est pas nécessaire que le promettant prenne la qualité de porte-fort ; il suffit qu'il ait l'intention de s'obliger, et cette intention doit être présumée, car on ne saurait admettre que le promettant ait voulu faire un acte nul.

Tout se réduit donc à ceci : ou le promettant a entendu s'obliger, et par cela même il s'est porté fort (art. 1120) ; ou bien il n'a pas eu volonté de s'obliger, et alors il est bien clair qu'il n'y a pas de contrat (art. 1119). Marcadé a raison : « la première partie de l'art. 1119, ce principe, si important en apparence, qu'on ne peut pas s'engager pour autrui à moins qu'on ne se porte fort, se réduit à dire qu'on ne peut pas former un contrat sans en avoir la volonté, et qu'on ne s'oblige pas conventionnellement quand on n'entend pas s'obliger. Ce n'était vraiment pas la peine de le dire. »[5]

Telle étant la portée de l'art. 1119 c. c. fr., il n'y a pas lieu de regretter qu'on n'ait pas introduit dans notre Code cette disposition toute romaine que les rédacteurs du Code Napoléon, accoutumés à suivre Pothier pas à pas, ont reproduite sans se douter qu'elle n'est plus en harmonie avec les principes modernes, et qu'elle allait être anéantie aussitôt par l'art. 1120.[6]

[5] Marcadé. IV. 431. — v. aussi Demolombe. 213, et Demante. V. 29 bis : « la règle romaine ne doit plus actuellement subsister que comme une pure abstraction, régissant des hypothèses improbables, et incessamment remplacée par l'exception ».

[6] Pothier écrivait à une époque où le droit romain était encore partiellement en vigueur dans de nombreuses provinces françaises et avait exercé une grande influence sur les coutumes des autres provinces. Il devait naturellement rappeler les règles du droit romain pour étudier ensuite les modifications que l'esprit national et les mœurs y

Celui qui promet le fait d'un tiers est donc obligé ; mais quelle est l'étendue de son obligation ? A quoi est-il tenu ? Le C. O. est allé sur ce point plus loin que le droit commun, plus loin même que le droit français.

Justinien, dans les Institutes, se borne à dire que le promettant est obligé, lorsqu'il a promis d'obtenir le fait du tiers (quod si effecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligatur), ou lorsqu'il a ajouté une clause pénale ou la stipulation de dommages et intérêts à sa promesse (pœnam, vel quanti ea res sit, potest promittere).

La question s'est soulevée parmi les interprètes du droit romain, de savoir si le promettant qui avait fait tout son possible pour obtenir du tiers le fait promis, sans y réussir, était libéré de son obligation, ou s'il était encore tenu de payer des dommages et intérêts à l'autre partie. De même, lorsqu'une clause pénale avait été stipulée, on s'est demandé si la peine devait être payée même si le promettant avait fait tout ce qui dépendait de lui pour déterminer le tiers à exécuter, même si le promettant n'était aucunement fautif. Pas plus que les Institutes, le Digeste et le Code ne renferment de principe général à ce sujet. L'imagination des interprètes avait beau jeu, et la discussion a été très vive jusqu'au siècle dernier. [7] Nous ne pouvons nous arrêter sur toutes

avaient apportées. On comprend donc que Pothier se soit étendu sur cette règle qu'il n'y a que ce que l'une des parties promet pour elle-même qui puisse être l'objet d'un contrat. Les rédacteurs du Code auraient dû s'apercevoir que la facilité avec laquelle Pothier voyait une intention de s'obliger chez le promettant était une telle modification à la règle romaine qu'elle la rendait absolument illusoire.

[7] Hertius. *Op. cit.* § V et s. — Vinnius ad § 3. J. 3. 20. — Grotius : *de jure B. ac P.* l. II. c. XI. § 22, l. III. c. XXI. § 30. — Voir Glück § 304. — Holzschuher : *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts,* III. p. 278. 2.

les théories qui ont été émises, et sur les arguments parfois étranges sur lesquels elles sont basées. On ne peut pas admettre l'avis de ceux qui pensent que le promettant est *toujours* tenu de payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution et qu'il ne suffit pas qu'il ait fait son possible pour obtenir le fait promis ; pas plus qu'on ne saurait approuver ceux qui prétendent que le promettant n'est *jamais* obligé de payer des dommages et intérêts ou la peine convenue, s'il a fait son possible auprès du tiers. D'après l'opinion générale, il faut distinguer si le promettant a simplement promis de faire son possible ou de veiller à ce que le tiers exécute, ou s'il s'est engagé à l'amener à exécuter, à obtenir qu'il exécute. [8] Dans le premier cas, le promettant qui a fait son possible serait libéré de sa promesse, quand même ses efforts n'auraient pas abouti ; dans le second cas, au contraire, il devrait payer des dommages et intérêts. Multum inter hæc duo interest, *curabo* ut Titius tibi solvat, et *efficiam,* ut Titius tibi solvat. Hert, qui s'étend passablement sur ce sujet et cite de nombreux exemples, distingue si la promesse du fait d'autrui a été faite à titre gratuit ou à titre onéreux. Si c'est à titre gratuit, il suffit que le promettant ait fait son possible ; si c'est à titre onéreux, il doit dédommager la contre-partie. Mais dans tous les cas, il faut tenir compte des mots et de la nature de l'affaire.

Il est aisé de s'apercevoir que toutes ces distinctions ont quelque chose d'artificiel. Les pandectistes modernes les ont rejetées pour ramener à une pure quæstio facti

[8] « Ob der Promittent bloss versprochen hat, dafür zu *sorgen,* dass der Dritte etwas thue, oder : *zu bewirken,* dass er es thue. » Holzschuher. p. 278.

l'étendue de l'obligation du promettant. C'est l'interprétation de la volonté des parties seule qui doit décider si celui qui a promis le fait d'un tiers s'est simplement engagé à faire des démarches auprès du tiers, ou si au contraire il a assumé une obligation de garantie, et s'il est par conséquent tenu de dédommager le stipulant dans tous les cas où le fait garanti ne se réaliserait pas.[9] Le juge sera souvent embarrassé ; mais il ne devra conclure à une obligation de garantie que lorsque, selon les circonstances, il est manifeste que c'était là l'intention des parties. En vertu des principes généraux, il admettra in dubio la présence de l'obligation la plus faible. [10]

L'art. 1120 du c. c. fr. dit qu'on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; « sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ». En droit français, comme on le voit, le porte-fort, en promettant le fait d'un tiers, contracte l'obligation d'obtenir la ratification du tiers, ou, comme on dit, de rapporter sa signature. C'est une obligation de faire qui se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution. Il ne suffit pas que le porte-fort entreprenne, disent les auteurs français, il faut qu'il réussisse. Si le tiers ratifie ce que le porte-fort a promis, l'obligation de ce dernier est exécutée ; mais si le tiers refuse sa ratification, s'il refuse de tenir l'engagement, comme dit la

[9] v. Vangerow III. § 608. 1. — Windscheid II. § 317. — Stammler « *Der Garantievertrag* » (Separat. Abdruck aus dem Archiv für die civilistische Praxis).

[10] Seuffert's Archiv. XI. 238, XVIII. 31, XXIII. 126. I. 193, VI. 33, VIII. 255, XXVII. 129.

loi, le porte-fort, dont l'obligation n'est pas exécutée, est tenu de payer une indemnité. Il doit dédommager l'autre partie du préjudice qu'elle subit par suite du refus de ratification, et ce serait en vain qu'il prouverait qu'aucune faute ne lui est imputable et qu'il a tout fait pour amener le tiers à ratifier. Mais si l'obligation du porte-fort va jusque-là, elle ne va pas au delà. Il est quitte, dès que le tiers s'est obligé, en ratifiant; on ne saurait le rendre responsable de l'exécution de l'obligation que le tiers a contractée. Telle est la nature de la promesse de porte-fort en droit français. Toutefois, ce ne sont là que des règles de droit dispositif, auxquelles les parties peuvent déroger. Le promettant peut conclure une obligation moins étendue, comme il peut aussi garantir l'exécution même du fait promis de la part du tiers. Ce n'est finalement qu'une question d'interprétation; mais, en cas de doute, le juge devra appliquer l'art. 1120, au lieu d'admettre, comme en droit commun, la présence de l'obligation la plus faible.

Le C. O. est allé plus loin encore que le c. c. fr. D'après notre art. 127, celui qui promet le fait d'un tiers, le porte-fort s'engage sous sa responsabilité, non seulement à ce que le tiers contractera personnellement l'obligation, mais à ce qu'il l'exécutera. Les dommages et intérêts sont dûs, non pas si le tiers refuse de tenir l'engagement comme en droit français, mais « en cas d'inexécution de la part de ce tiers ». Le porte-fort aura beau prouver qu'il a fait tout ce qu'il lui était possible de faire, ou même qu'il a réussi à amener le tiers à ratifier la promesse ; s'il n'y a pas eu exécution complète par le tiers, il ne peut se libérer du paiement des dommages et intérêts. Dans le C. O., la promesse du fait

d'un tiers engendre ainsi, pour le promettant, l'obligation la plus onéreuse.

Qu'en est-il, dans notre droit, de la promesse d'une personne qui s'engage à obtenir la ratification d'un tiers ? Que devient la promesse de celui qui s'oblige à faire des démarches ou à faire son possible pour qu'un tiers agisse de telle ou telle sorte ? De pareilles promesses sont-elles inutiles ? [11]

Nous répondons tout d'abord que celui qui promet qu'un tiers ratifiera, promet le fait d'un tiers ; il tombe par conséquent sous le coup de l'art. 127. [12]

Quant à la promesse de faire des démarches auprès d'un tiers, nous ne voyons aucune raison pour la déclarer nulle. L'art. 127 ne lui est, il est vrai, pas applicable. Nous n'avons plus ici la promesse de porte-fort, la garantie que le tiers exécutera. C'est une simple obligation de faire, parfaitement possible et licite en elle-même, qui sera soumise aux dispositions générales du Code. En cas d'inexécution en particulier, on appliquera les principes des art. 110 et suiv. : le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation pourra se libérer du paiement des dommages et intérêts, en prouvant qu'aucune faute ne lui est imputable.

L'art. 127 C. O., de même que l'art. 1120 c. c. fr., est de droit dispositif. Les parties peuvent, en pactisant sur

[11] Voir à ce sujet l'opinion des rédacteurs du projet de c. c. all. (Exposé des motifs § 348.) Selon eux, cette promesse qui n'est prévue ni par l'art. 1120 c. c. fr., ni par l'art. 127 C. O., n'aurait aucun effet en droit français et en droit fédéral : « Verträge mit der abgeschwächten Bedeutung wären hiernach nichtig. »

[12] Dans ce cas, le porte-fort sera tenu aux dommages et intérêts dès le refus de ratification par le tiers. C'est en effet la *ratification* qui est ici le *fait* garanti.

le fait d'un tiers, donner l'étendue qui leur convient à l'obligation du promettant. Si leur volonté ressort suffisamment de leurs paroles ou des circonstances, c'est cette volonté qui fera loi ; mais si l'interprétation n'aboutit à rien, si par exemple le promettant s'est borné à « promettre le fait du tiers », le juge devra recourir au droit complémentaire ; il appliquera l'art. 127.

§ 2. Nature juridique de la promesse de porte-fort.

La loi nous dit que celui qui promet le fait d'un tiers, le porte-fort, est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers. Cela paraît tout simple. Cependant, si l'on veut analyser la situation, si l'on se demande quels sont l'objet et la nature juridique de l'obligation créée par la promesse du fait d'autrui, si l'on recherche la cause pour laquelle le porte-fort est tenu à des dommages et intérêts, on s'aperçoit bien vite que l'art. 127 est insuffisant en théorie, et qu'il n'est pas si simple qu'il en a l'air.

Quoique cela semble résulter d'une interprétation littérale du texte de la loi, le fait du tiers en lui-même ne saurait être l'objet de l'obligation du porte-fort. Il serait absurbe de dire que par sa promesse le porte-fort contracte une obligation dont l'objet est le fait du tiers, et qu'il doit des dommages et intérêts pour cause d'inexécution de son obligation, si le tiers n'exécute pas. Personne n'aurait l'idée de soutenir un pareil non sens. S'obliger au fait d'autrui est quelque chose qu'on ne peut concevoir ; c'est contraire à la notion de l'obligation.

Nous avons vu cependant que la promesse du fait d'un tiers est valable ; c'est parce que cette promesse en contient une autre, tacite, par laquelle le promettant s'oblige lui-même à un fait sous entendu. Quel est ce fait sous entendu ? Quel est l'objet de l'obligation du porte-fort, dans notre droit ? Plusieurs hypothèses se présentent :

1. L'objet de l'obligation du porte-fort consiste à *obtenir* du tiers le fait promis, à *procurer* ce fait au stipulant. C'est une obligation de faire, qui doit se résoudre, comme les autres, en dommages et intérêts en cas d'inexécution (art. 110). Je vous promets que Paul vous vendra son champ, cela signifie : « Je vous promets d'obtenir de Paul qu'il vous vende son champ ; je m'engage à vous procurer ce fait, que Paul vous vendra son champ. »

2. L'obligation du porte-fort est une simple *obligation conditionnelle.* Elle a pour objet le paiement d'une indemnité, mais sa formation est subordonnée à un événement incertain, le fait du tiers. Ce fait, qui est soi-disant le fait promis, n'est donc pas *in obligatione,* mais seulement *in conditione.* Quand je vous promets que Paul vous vendra son champ (art. 127), je suis identiquement dans la même situation que si je vous avais expressément promis une somme d'argent pour le cas incertain où Paul ne vous vendra pas son champ (art. 171 et suiv.).

3. La promesse de porte-fort crée une obligation spéciale. C'est une *obligation de garantie,* analogue au cautionnement, dont les effets sont réglés par l'art. 127. Si le tiers n'exécute pas, le porte-fort est tenu à des dommages et intérêts ; il doit les payer, non par application

des art. 110 et suiv., mais parce que c'est un effet direct de sa promesse, parce qu'il a *garanti* le fait d'un tiers, parce qu'il s'est porté fort.

La disposition de l'art. 127 peut s'adapter à ces trois hypothèses. Dans chacune d'elles, on peut dire : « Le promettant est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du tiers. » Cependant le but et la nature du contrat sont autres dans chacun de ces trois cas ; à chacun s'appliquent des règles différentes. Il est donc nécessaire de savoir quelle est exactement la situation supposée par l'art. 127 ; il faut choisir entre les trois alternatives celle qui correspond le mieux à l'intention présumée des parties et à la volonté du législateur.

I. C'est la première de ces hypothèses qu'on adopte généralement. On dit qu'en promettant le fait d'autrui, le porte-fort s'oblige à obtenir ce fait, qu'il est donc débiteur d'une obligation de faire et que, s'il n'exécute pas cette obligation, s'il ne procure pas le fait promis, il est soumis au paiement de dommages et intérêts, conséquence de l'inexécution de toute obligation. La disposition de l'art. 127 serait ainsi une application du principe posé aux art. 110 et suiv. de notre Code.

Cette manière d'expliquer la situation du porte-fort ne nous paraît pas satisfaisante. L'art. 127 est plus absolu que l'art. 110. On sait en effet qu'en vertu de ce dernier article, le débiteur qui n'exécute pas ou qui n'exécute pas comme il devrait l'engagement qu'il a contracté, est en principe tenu de dédommager le créancier du préjudice qu'il subit de ce fait. Cette disposition, basée sur la présomption que le débiteur qui n'exécute pas ou qui n'exécute qu'imparfaitement son obligation est en gé-

néral fautif, est une simple règle de justice. Toutefois, comme il arrive souvent qu'aucune faute n'est imputable au débiteur, et que l'inexécution a sa cause dans des circonstances qui lui sont étrangères, telles qu'une faute du créancier, un cas fortuit, un cas de force majeure, le principe devait subir une dérogation importante. Considérant qu'il serait illogique et injuste d'imposer au débiteur l'obligation de réparer un dommage dont il n'est nullement responsable, le législateur, tout en laissant peser sur lui la présomption de faute, a décidé qu'il se libérerait complètement par la preuve de sa non culpabilité. Art. 110 : « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation, ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu à des dommages et intérêts, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. » C'est donc, en droit, au débiteur fautif seul qu'on peut réclamer des dommages et intérêts lorsqu'il n'a pas exécuté son obligation.

Si les dommages et intérêts dus par le porte-fort en vertu de l'art. 127 étaient une conséquence de l'inexécution de son obligation, il n'y aurait aucune raison pour abandonner le principe de l'art. 110 ; il faudrait autoriser le porte-fort à se libérer en cas d'inexécution par la preuve qu'il n'est pas fautif ; il faudrait ajouter à l'art. 127 ces mots : « à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ». Mais qu'arriverait-il dans la pratique ? Le porte-fort ne serait pour ainsi dire jamais tenu aux dommages et intérêts, parce qu'il ne peut presque jamais être rendu responsable de l'inexécution. Comme le fait du tiers dépend avant tout de la volonté de ce tiers et se soustrait au pouvoir du porte-fort, il serait facile à ce dernier de prouver, dans chaque cas,

que s'il n'a pas obtenu le fait promis, c'est pour des raisons qui lui sont étrangères, et que par conséquent aucune faute ne lui est imputable. La disposition de l'art. 127 deviendrait lettre morte ; le but ne serait pas atteint.

Non. Le législateur n'a pas reproduit à l'art. 127 l'exception de l'art. 110 ; il ne nous est pas permis de la sous-entendre. Le législateur a évidemment voulu qu'en cas d'inexécution de la part du tiers les dommages et intérêts soient dus par le porte-fort, fautif ou non. On ne peut du moins pas nier que ce soit là ce qu'il a dit.

Il y a bien encore une possibilité de se tirer d'affaire. On peut prétendre que la disposition de l'art. 127 déroge aux principes établis par les art. 110 et suiv. Mais comment expliquer cette dérogation ? Cela ne nous semble pas possible. Ne vaut-il pas mieux chercher ailleurs que dans les conséquences de l'inexécution des obligations, la cause pour laquelle le porte-fort est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution par le tiers ?

II. On dit aussi quelquefois que la promesse de porte-fort a pour unique objet le paiement d'une indemnité, ou comme dit le C. O., de dommages et intérêts. Mais cette promesse est conditionnelle ; la formation de l'obligation est subordonnée à un événement incertain ; elle dépend de cette condition (suspensive, casuelle, négative), que le tiers n'exécute pas le fait en question (art. 171 et suiv.). C'est à cela que se réduit la volonté mal exprimée de celui qui promet le fait d'autrui ; le « fait promis » ne peut pas être *in obligatione ;* il est *in conditione.* Si le tiers exécute, la condition est défaillie, et l'obligation, qui n'était qu'une possibilité, s'évanouit

complétement. S'il n'exécute pas, la condition est accomplie ; la promesse de porte-fort devient efficace.

Cette théorie a sur la précédente un grand avantage. L'obligation de payer des dommages et intérêts n'est plus une application du principe des art. 110 et suiv.; ce n'est plus la conséquence de l'inexécution d'une obligation ; au contraire, c'est le résultat direct d'une promesse. Ce n'est pas pour n'avoir pas exécuté son obligation, c'est pour l'exécuter, que le porte-fort est tenu à des dommages et intérêts. Il est dès lors tout naturel que l'art. 127 ne l'autorise pas à se libérer par la preuve qu'aucune faute ne lui est imputable, car le débiteur d'une obligation conditionnelle ne saurait se dégager en prétendant que la condition s'est accomplie sans sa faute.

Cette théorie cependant n'est pas à l'abri de toute critique. Elle repose sur une confusion entre la promesse de porte-fort, qui est en elle-même pure et simple, et l'obligation de payer des dommages et intérêts, qui n'est qu'une conséquence, un effet de cette promesse. Cette dernière obligation, à la vérité, est conditionnelle ; elle n'existe qu'à partir du moment où il est certain que le tiers n'exécutera pas. Mais elle ne suffit pas à expliquer à elle seule la situation du porte-fort. Il y a dans la promesse du fait d'autrui quelque chose de plus qu'un simple engagement conditionnel, et ce serait une erreur de lui appliquer sans autre les principes admis en matière de conditions. Le résultat que les parties se proposent avant tout, c'est d'obtenir le fait du tiers, c'est-à-dire d'éviter l'obligation prévue par l'art. 127, en empêchant la condition dont elle dépend de se réaliser. Le porte-fort ne s'engage pas seulement à payer, si le

tiers n'exécute pas ; il assure au stipulant que le tiers exécutera. Il ne se borne pas à prévoir un fait possible ; il le « promet »; il garantit que ce fait se réalisera. On ne peut dès lors envisager le fait du tiers comme une condition ordinaire ; il faut chercher à la base de la promesse de porte-fort d'autres principes que ceux des art. 171 et suiv.

III. Il ne reste plus que la troisième alternative : la promesse de porte-fort crée une obligation spéciale, une obligation de garantie.[1] Celui qui « promet » le fait d'un tiers, c'est-à-dire un fait qui ne dépend pas de lui, n'a pas pour but de contracter une simple obligation consistant à procurer le fait promis, et se résolvant en dommages et intérêts en cas d'inexécution. Il n'a pas davantage pour but de s'engager conditionnellement pour le cas incertain où le fait ne se réaliserait pas. Son intention, en « promettant » ce fait, c'est d'en garantir la réalisation. Le porte-fort est un garant, et comme tel il est obligé purement et simplement dès le moment de sa promesse, ou plutôt, dès l'acceptation de cette dernière par l'autre partie.[2]

Il va de soi qu'en faisant de la promesse de porte-fort un contrat de garantie, nous donnons à cette dernière expression sa signification la plus étendue. On désigne très souvent sous ce nom les contrats qui ont pour but de garantir l'exécution d'une obligation (gage, hypothèque, cautionnement, clause pénale) ; on entend aussi quelquefois par là les contrats par lesquels une personne soutient l'entreprise financière d'une autre, en

[1] Comp. Laurent XV. nº 544. — Jacottet *(d. des Obl.)* « Celui qui promet le fait d'un tiers est en réalité un garant. »

[2] Analogie des art. 726 et 732 en droit de change.

s'engageant à supporter gratuitement, en tout ou en partie, les risques de cette entreprise.[3] Il s'agit ici des contrats de garantie en général, qui embrassent tous les contrats dont l'objet est de garantir la réalisation ou la non réalisation d'un événement incertain.[4]

Les garanties, comme on sait, se divisent en deux grandes catégories : les garanties réelles et les garanties personnelles. La garantie est réelle lorsqu'une personne donne en garantie une chose déterminée, soit un meuble comme dans le gage, soit un immeuble comme dans l'hypothèque. Le créancier acquiert un droit direct, un droit réel sur la chose du garant, droit qui l'autorise à faire vendre cette chose et à se dédommager avec le produit de la vente, dans le cas où le fait garanti ne se réaliserait pas. La garantie est personnelle, lorsqu'au lieu d'engager un objet déterminé, le garant engage d'une façon générale toute sa fortune, c'est-à-dire qu'il contracte vis-à-vis du créancier une obligation pour le cas d'inexécution du fait garanti. Tel est le cautionnement, contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à satisfaire à une obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Telle encore la clause pénale, par laquelle un débiteur stipule une peine, c'est-à-dire une obligation, pour le cas où le contrat ne serait pas exécuté, ou pour le cas où il ne serait pas exécuté au temps ou dans le lieu déterminés.

Les contrats de gage et d'hypothèque, le cautionnement et la clause pénale se distinguent en outre les uns des autres par certaines particularités. On les réunit cependant en un même groupe, car ils ont tous pour

[3] v. Stammler : *der Garantievertrag.* »
[4] Incertitude objective ou subjective.

but de garantir l'exécution d'une obligation. L'exécution de l'obligation peut être garantie par le débiteur lui-même ou par un tiers ; elle l'est indifféremment par l'un ou l'autre dans le gage et dans l'hypothèque. La clause pénale par contre ne peut être stipulée par un autre que le débiteur ; cela ressort de sa nature, et d'ailleurs son nom l'indique. Quant au cautionnement, sa nature exige qu'il soit consenti par un tiers ; un débiteur ne peut pas être sa propre caution. Mais, que la garantie soit faite par le débiteur, ou qu'elle le soit par un tiers, le but de ces contrats est toujours de garantir l'exécution d'une obligation. Ce sont des contrats accessoires qui ne se conçoivent pas sans obligation principale.

Dans la pratique, ce sont ces contrats de garantie accessoires qui sont de beaucoup les plus nombreux. Cela se comprend : il n'est pas de faits qui aient aussi souvent besoin d'être garantis et qui puissent l'être aussi facilement que l'exécution d'obligations. Toutes les fois qu'un créancier suspecte la solvabilité de son débiteur, il exige de lui des sûretés spéciales, destinées à le protéger contre l'éventualité toujours possible d'un défaut de paiement. On ne saurait contester à ce sujet l'utilité du gage et du cautionnement, dont l'usage, déjà si répandu à Rome, est presque devenu un abus dans notre droit moderne.

Mais, si l'on garantit surtout l'exécution d'obligations, on ne garantit pas que cela. Les créanciers ne sont pas les seuls à trouver un intérêt dans l'assurance que le dommage qui les menace sera réparé ou sensiblement diminué. Tous les faits peuvent être garantis, pourvu que celui à qui on les garantit ait un intérêt à leur exécution. Seulement, dès qu'il ne s'agit plus de l'exécution

d'obligations, il ne peut être question de gage, d'hypothèque, de clause pénale ni de cautionnement. Il faut donc recourir à d'autres contrats de garantie. Ces contrats, dont la variété est très grande, ne pouvaient pas tous être prévus et réglementés par le législateur. La plupart sont régis uniquement par les dispositions générales de la loi ; quelques-uns seulement ont fait l'objet de dispositions spéciales. Telle est la promesse de porte-fort.

La promesse de porte-fort est le contrat par lequel on garantit le fait d'un tiers. C'est une garantie personnelle : si le fait garanti ne se produit pas, la personne envers qui le porte-fort s'est engagé a une créance contre lui. La loi fixe l'étendue de l'obligation du porte-fort, en cas d'inexécution de la part du tiers, en disant qu'il est tenu à des dommages et intérêts. Cela signifie qu'en principe le porte-fort doit rembourser à l'autre partie tout le dommage qu'elle a subi. Mais n'oublions pas que l'art. 127 est de droit dispositif. On peut, en se portant fort, limiter l'obligation au paiement d'une partie seulement du dommage qui sera subi ; on peut aussi fixer à l'avance le montant de la somme qui devra être payée. Je puis, par ex., me porter fort que X. vous louera sa maison le mois prochain, en m'obligeant à vous payer 100 fr. s'il ne vous la loue pas. Il est inexact de parler d'une clause pénale, dans un cas pareil, comme on le fait souvent. La clause pénale se distingue par deux caractères essentiels : elle assure l'exécution d'une obligation ; puis elle est une détermination anticipée, et comme à forfait, que font les parties, des dommages et intérêts qui résulteraient pour le débiteur d'une inexécution ou d'une exécution imparfaite de son obligation.

Dans notre exemple, la promesse de vous payer 100 fr. n'a pas pour but de garantir l'exécution d'une obligation, mais ce simple fait que X. vous louera sa maison : X. n'a aucune obligation à votre égard, et la mienne ne consiste pas, ainsi que nous l'avons vu, à obtenir le fait de X. En outre, nous savons que les dommages et intérêts que je vous devrais en ma qualité de porte-fort ne sont pas la conséquence de l'inexécution d'une obligation que j'avais. Il serait plus exact de dire dans l'exemple ci-dessus que je me suis porté fort jusqu'à concurrence de 100 fr., que je vous ai garanti jusqu'à concurrence de 100 fr. que X. vous louerait sa maison. Cette distinction peut avoir de l'importance en ce qui concerne les effets de la promesse.

Il est sans doute inutile d'ajouter que le porte-fort peut aussi, en promettant le fait du tiers, s'obliger à l'exécuter lui-même, si le tiers ne le fait pas. Mais il faut pour cela une stipulation spéciale. A défaut d'une disposition des parties sur ce point, on applique l'art. 127 : le porte-fort est censé ne s'être obligé, en cas d'inexécution de la part du tiers, qu'au paiement de dommages et intérêts.[5]

Quant aux faits garantis, ils peuvent être très divers. Le mot « fait » est général et signifie aussi bien des abstentions que des faits positifs. On peut se porter fort qu'un tiers passera un contrat, ratifiera un acte fait en son nom, exécutera une obligation déjà contractée, s'abstiendra de faire quelque chose, n'usera pas d'un droit, etc. Mais garantir qu'un tiers exécutera une obligation, n'est-ce pas le propre du cautionnement? Oui.

[5] v. chap. III.

La caution garantit une obligation, en s'engageant envers le créancier à y satisfaire, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (art. 489). La caution « promet » aussi le fait d'un tiers ; elle est dans notre droit une espèce de porte-fort. Nous verrons plus loin l'importance de la distinction entre le cautionnement et la promesse de porte-fort ordinaire, et les difficultés qu'il y a à établir une limite entre les domaines de ces deux contrats.

L'utilité de la convention, par laquelle une personne se porte fort pour une autre, est incontestable dans la pratique des affaires, surtout lorsqu'il n'est pas possible de recourir au cautionnement. Elle permet de traiter les affaires d'une personne éloignée du lieu où se fait la convention, et facilite ou rend possibles des opérations qui, sans ce moyen, seraient souvent difficiles et quelquefois impossibles. En effet, si la promesse de porte-fort peut intervenir isolément, indépendamment de tout autre acte juridique, le plus souvent, le porte-forte agit en même temps comme représentant du tiers dont il garantit le fait.

Le C. O. a admis le principe moderne de la représentation directe. Art. 36 : « Lorsqu'un contrat est fait au nom d'une autre personne par un représentant dûment autorisé, c'est le représenté et non le représentant qui devient créancier ou débiteur. » Celui qui contracte avec un mandataire acquiert directement par là une créance contre le mandant ; par contre, il n'a aucun droit contre le mandataire, lequel a agi au nom du mandant, et pas au sien propre. Toutefois, pour assurer le tiers avec lequel il contracte, le mandataire peut cautionner le mandant vis-à-vis de lui. Le tiers se trouve alors avoir

comme débiteurs à la fois le mandant et le mandataire, ce dernier en qualité de caution du premier.

La situation de celui qui contracte avec un représentant non autorisé est beaucoup plus critique. Art. 46 : « Lorsqu'une personne contracte sans mandat au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier et débiteur que s'il ratifie le contrat. » Si le tiers ratifie, on applique les règles du mandat. Mais le tiers, qui n'est obligé de ratifier que dans le cas exceptionnel où son intérêt commandait que la gestion fût entreprise (art. 472), peut en général refuser sa ratification ; il échappe ainsi à toute obligation. Quant au gérant, il ne peut être actionné en dommages et intérêts par l'autre partie, que si cette dernière n'a pas su ou dû savoir, d'après les circonstances, qu'il était sans pouvoirs (art. 48). Cette disposition est très logique. Le gérant contracte au nom d'un tiers ; par ce fait, il ne s'engage à rien lui-même, et n'est obligé qu'en application des art. 50 et suiv., s'il s'est rendu coupable d'un acte illicite en laissant croire à son cocontractant qu'il avait qualité pour représenter le tiers, que par conséquent ce dernier serait obligé par le contrat. Il résulte de là que la situation d'une personne, qui contracte en connaissance de cause avec un représentant non autorisé, est très défavorable, puisqu'à défaut de ratification, elle ne peut agir ni contre celui qui a passé le contrat, ni contre celui au nom duquel il a été passé. Aussi très souvent ne consent-elle à contracter que si une garantie lui est fournie par le représentant non autorisé, garantie dont le but est de la dédommager en cas de refus de ratification ou d'inexécution de la part du représenté. Ce but ne peut être complètement atteint par la voie du cautionnement, puisque l'obliga-

tion du représenté est encore inexistante et ne peut être cautionnée que pour le cas où elle sortirait effet (art. 492, al. 2), c'est-à-dire pour le cas de ratification. Une pareille garantie serait insuffisante ; elle ne protégerait pas celui qui doit en profiter du plus grand danger qu'il court : un refus de ratification. Mais la garantie qu'on ne peut obtenir dans ce cas par le moyen du cautionnement, on peut l'obtenir par celui de la promesse de porte-fort. Le représentant non autorisé se porte fort vis-à-vis de son cocontractant que le représenté ratifiera le contrat (c. c. fr.), ou même exécutera (C. O.) l'obligation qu'il contracte en son nom. Si donc le représenté refuse de ratifier et se soustrait ainsi à toute obligation, le cocontractant peut néanmoins poursuivre le représentant qui s'est porté garant. Il invoquera l'art. 127 et réclamera le paiement de dommages et intérêts.

C'est surtout dans les cas où une personne agit au nom d'une autre sans y être autorisée, que l'institution du porte-fort peut rendre les plus grands services. Grâce à elle, des cohéritiers ou des copropriétaires pourront ne pas manquer une occasion avantageuse de louer ou de vendre les biens communs, malgré l'absence de leurs cohéritiers ou copropriétaires. Il suffit, si le tiers s'en contente, qu'ils consentent le bail ou l'aliénation, sous leur responsabilité, en se portant fort pour le ou les absents.

§ 3. Conditions nécessaires pour qu'il y ait obligation de porte-fort [1]

Les conditions dont dépend la validité d'une promesse de porte-fort sont tout d'abord celles qui sont indispensables à la conclusion de tout contrat, celles qui se déduisent de la définition de l'art. 1er du Code : « Il n'y a contrat que si les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque. Cette manifestation peut être expresse ou tacite. » La promesse de porte-fort suppose un contrat parfait.

On pourrait croire, en lisant l'art. 127, qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat, mais d'une simple promesse, d'une simple déclaration unilatérale de la part de celui qui veut s'obliger, et qu'une personne assume la qualité de porte-fort par sa seule volonté, indépendamment de toute acceptation de l'autre partie, même contre la volonté de cette dernière. Ce serait une erreur. L'intention du législateur n'a jamais été de faire naître cette obligation d'une manifestation de volonté unilatérale. Il faut que l'offre soit acceptée, et ce n'est qu'à partir de l'acceptation qu'on peut parler de promesse de porte-fort. Avant l'acceptation, il n'y a qu'une offre de se porter fort. La situation du porte-fort est identique à celle de la caution, qui ne s'oblige pas non plus comme telle par sa déclaration seulement, même écrite ; chacun sait que le cautionnement suppose une acceptation du créancier.

[1] A. T. F. XVII. 108 (frères Price contre Wulff), XX. 149 (Bernische Bodenkreditanstalt in Liquidation gegen Bank in Zofingen). — *Journal des Trib.*, 1890, p. 323.

Au reste, il serait oiseux de nous arrêter à toutes les conditions élémentaires dont dépend la validité d'un contrat. Nous n'examinerons que celles qui sont spéciales à la promesse de porte-fort, ou qui peuvent donner lieu à des difficultés.

En ce qui concerne la capacité des parties contractantes, il faut remarquer que la promesse de porte-fort est par nature, mais par nature seulement, nullement par essence, un contrat unilatéral. Il y aura lieu d'appliquer les règles de l'art. 30 qui permet aux incapables relativement d'acquérir des droits ou de se libérer d'une obligation, mais qui leur défend de s'obliger sans le consentement de leur représentant légal.

Une question plus délicate est celle du consentement. Quand dira-t-on qu'il y a promesse de porte-fort ? Comment distinguer si les parties ont réellement voulu conclure ce contrat de garantie, ou si leur intention était différente ?

En droit français, les auteurs sont unanimes à déclarer qu'il n'est pas nécessaire de prendre expressément dans le contrat la qualité ou le titre de porte-fort, et que cette expression n'a rien de sacramentel. Mais, tandis qu'il suffit, selon les uns, d'employer des équivalents, de dire par ex. qu'on promet sous sa garantie personnelle, qu'on fait valoir, qu'on garantit valable le fait du tiers au nom duquel on contracte, d'autres vont jusqu'à dire qu'on se porte fort par cela seul qu'on promet le fait du tiers avec intention de s'obliger. Cette divergence d'opinions a pour cause les différentes interprétations qu'on donne en France à la règle de l'art. 1119 c. c. fr. qu'« on ne peut en général s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». Si, par res-

pect pour le texte de la loi, on s'efforce de trouver à l'art. 1119 une valeur pratique, on est obligé d'être très circonspect et de ne voir une promesse de porte-fort que là où les parties ont expressément manifesté leur volonté. Si par contre, on ne voit, comme Demante, dans cet article, qu'« une pure abstraction, régissant des hypothèses improbables », il est tout naturel qu'on soit plus large et qu'on admette très facilement la présence d'un porte-fort.

Dans notre droit, une pareille controverse ne pouvait pas se produire, puisque le C. O. a tranché la difficulté en déclarant valable la promesse du fait d'un tiers, sans reproduire la disposition de l'art. 1119, c. c. fr. Il suffit, pour être porte-fort, de promettre le fait d'un tiers. On peut donc dire que chez nous, à plus forte raison encore qu'en droit français, le terme porte-fort, étranger même à la loi, n'est pas sacramentel. Les parties peuvent employer des expressions analogues, ou même des expressions inexactes, peu importe. L'art. 16, C. O., nous enseigne que pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il faut rechercher la commune intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations ou aux expressions inexactes dont elles se sont servies, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Ainsi, quand A. promet à B. que s'il termine ses études, X., propriétaire d'une grande fabrique, l'engagera comme employé supérieur, et que A. se porte « caution » de X., lequel n'a pris aucun engagement de ce genre, il est de toute évidence qu'il n'y a pas cautionnement, mais promesse de porte-fort. D'un autre côté, il ne faut pas déduire qu'il y a promesse de porte-fort du seul fait que les parties ont employé cette ex-

pression, puisqu'elles peuvent s'être trompées sur sa portée, ou l'avoir employée sciemment dans un but de simulation, pour déguiser un cautionnement, par exemple.

L'intention de s'obliger doit exister de la part du porte-fort. On ne pourrait appliquer l'art. 127 si le promettant s'était borné à donner des conseils ou des renseignements, à offrir des actes d'obligeance. Quand je vous promets que X. vous engagera comme employé ou vous vendra sa maison, il est fort possible que je n'aie pas entendu m'obliger par cette allégation. Mon intention était peut-être uniquement d'éveiller une espérance en vous, de vous encourager dans une décision que vous aviez prise, et dans ce but, je vous ai déclaré la conviction que j'avais que X. consentirait à vous engager comme employé ou à vous vendre sa maison. Ou bien, en ma qualité d'ami, je tenais à vous assurer que je ferais des démarches auprès de X., que je lui parlerais en votre faveur, que je lui conseillerais de vous vendre son immeuble, de préférence à un autre amateur ; tout cela dans le but unique de vous rendre un service, sans avoir le moins du monde l'intention de contracter une obligation envers vous.

Mais l'intention de s'obliger chez le promettant n'est pas toujours suffisante pour qu'on applique l'art. 127. Il faut que le promettant ait eu l'intention de s'obliger à dédommager l'autre partie si le fait qu'il avançait ne se produisait pas ; il faut qu'il ait eu l'intention de garantir ce fait, l'intention de se porter fort. Les parties peuvent avoir eu, à la vérité, la volonté de créer entre elles un lien de droit, une obligation ; mais un autre lien de droit que celui de l'art. 127, autre chose qu'une obligation

de garantie. S'il en est ainsi, il faut appliquer à leur convention d'autres dispositions que celle de l'art. 127. Ce serait le cas par ex. si A. s'était obligé vis-à-vis de B. à faire des démarches auprès de X. ou à faire tout son possible pour que X. engage B. comme employé ou lui vende sa maison. De pareilles stipulations ne tombent pas sous le coup de l'art. 127, mais sont régies par les principes généraux du Code en matière d'obligations. B. ne pourra actionner A. en dommages et intérêts qu'en vertu des art. 110 et suiv., c'est-à-dire si A. n'a pas fait les démarches qu'il avait promis de faire, s'il n'a pas fait tout son possible, [2] et « s'il ne réussit pas à prouver qu'aucune faute ne lui est imputable ». [3] Il ne faut pas confondre, comme on le fait souvent, ces simples obligations de faire avec l'obligation de garantie du porte-fort.

Quand on dit qu'il suffit de promettre le fait d'un tiers pour être porte-fort, il importe d'expliquer ce que le Code entend ici par « promettre le fait d'un tiers ». Le porte-fort doit promettre le fait du tiers avec *animus obligandi ;* il doit le promettre en son nom personnel, et pas au nom du tiers. [4] Le représentant qui passe un contrat au nom de la personne qu'il représente, promet aussi le fait d'un tiers ; mais il le promet au nom du tiers, non au sien propre ; il n'a pas l'*animus obligandi,* il ne promet pas au sens de l'art. 127, il n'est pas porte-fort. La disposition de l'art. 127, comprise de cette façon, ne nous paraît pas du tout excessive. Il est tout naturel que celui qui promet en son nom le fait d'un tiers soit

[2] v. Seulfert's. Archiv. XVIII. 31.
[3] Art. 110, in fine.
[4] Seuffert's. Archiv. VI. 33, VIII. 255. — A. T. F. XVII. 108.

obligé par sa promesse, qu'il soit considéré comme garant et tenu de dédommager l'autre partie, si le fait garanti ne se réalise pas.

La promesse de porte-fort peut-elle être tacite ? Étant donnée la nature de cette promesse, on pourrait supposer qu'elle ne peut résulter que d'une déclaration expresse et qu'il n'est pas permis de considérer comme porte-fort celui qui n'a pas au moins promis expressément le fait d'un tiers. Mais le législateur n'a pas dérogé sur ce point aux dispositions générales sur la formation des contrats. Il faut donc appliquer l'art. 1er d'après lequel la manifestation de volonté des parties peut être expresse ou tacite. Nous pensons toutefois que le juge devra être très prudent, et n'admettre une promesse tacite de porte-fort que dans des cas exceptionnels, lorsque l'intention des parties lui paraîtra incontestable. Il faut se garder en particulier de voir une promesse de porte-fort dans le seul fait qu'une personne contracte sans mandat au nom d'un tiers. Si l'art. 48 autorise dans certaines circonstances l'autre contractant à actionner le gérant, ce n'est pas en vertu d'une promesse tacite de garantie, [5] mais en application du principe que quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer. [6] Ce qui prouve que l'obligation du gérant de payer des dommages et intérêts est basée sur le principe des art. 50 et suiv., non sur celui de l'art. 127, c'est la restriction contenue à la fin de l'art. 48 : « à moins

[5] v. Haberstich : Obl. R., p. 142.

[6] v. *Journal des Trib.*, 1890, p. 323. — L'art. 48 seul pouvait être invoqué dans l'espèce, et pas l'art. 127. — Comp. Schneider et Fick sur art. 48.

qu'elle (l'autre partie) n'ait su ou dû savoir, d'après les circonstances, qu'il était sans pouvoirs ». Si le cocontractant savait ou devait savoir que le gérant était sans pouvoirs, il ne peut réclamer des dommages et intérêts, car il ne saurait se prétendre victime d'un acte illicite.[7] Il en serait autrement en cas de promesse de porte-fort. Le gérant qui se porte fort pour le tiers au nom duquel il agit, peut être actionné par l'autre partie, que cette dernière ait connu ou non l'absence de mandat.[8]

Après la capacité des parties et leur consentement, la troisième condition nécessaire à la validité d'un contrat concerne son objet. Art. 17 : « Un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs ». Par rapport au caractère illicite ou immoral, il est évident que la promesse de porte-fort tombera sous le coup de cet article et devra être considérée comme nulle toutes les fois que le fait garanti serait lui-même illicite ou immoral. L'art. 17 a une portée générale. Il ne frappe pas seulement les obligations dont l'objet immédiat est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs ; mais aussi celles, parfaitement licites en elles-mêmes, qui ont pour but de provoquer,

[7] Comp. art. 51. al. 2.

[8] Le dommage à réparer n'est pas le même dans le cas de l'art. 48 et dans celui de l'art. 127. Le représentant non autorisé doit réparer le dommage causé à l'autre partie par le fait qu'elle croyait le contrat obligatoire pour le tiers représenté, alors qu'il ne l'était pas. C'est l'intérêt négatif, le *negative Vertragsinteresse* des Allemands. H. E. VII, p. 373. VIII, p. 340. Schneider et Fick : sur art. 48, nº 6. Alias. M. le prof. W. Marcusen : « Das negative Vertragsinteresse im schw. O. R. und im deutschen Entwurf », p. 47 (dans la *Zeitschrift des bern. Juristenvereins* 1890, 2. Heft). — Le porte-fort, au contraire, doit mettre le stipulant dans la situation financière dans laquelle il se serait trouvé, si le tiers avait exécuté le fait garanti. C'est l'intérêt positif, ou *Erfüllungsinteresse*.

favoriser, assurer d'une façon quelconque un fait réprouvable. C'est dans cet esprit qu'ont été rédigées, en matière d'obligations conditionnelles et de clause pénale, les dispositions suivantes, qu'on peut appliquer par analogie à la promesse de porte-fort. Art. 177 : « Lorsque la condition stipulée a pour but de provoquer (befördern) un acte illicite ou immoral, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet. » Art. 181 : « La peine stipulée ne peut être exigée, lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou contraire aux bonnes mœurs, etc. » En vertu de l'art. 492, al. 1, on ne peut pas non plus cautionner une obligation impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, puisqu'une telle obligation n'est pas valable.

Fixer une limite entre les faits pour lesquels il est permis de se porter fort, et ceux pour lesquels cela n'est pas permis, est impossible. Il y a là une *quœstio facti* que le juge tranchera dans chaque cas particulier.

Remarquons toutefois qu'il est certains faits auxquels une personne ne peut valablement s'obliger, et qu'un porte-fort peut cependant garantir valablement. C'est ainsi qu'une convention par laquelle une personne s'oblige à ne pas épouser telle ou telle personne, est considérée comme immorale.[9] Il n'y a par contre rien d'immoral dans la convention par laquelle je me porterais fort que mon ami X. n'épousera pas Mlle Z.[10] Ce qu'on considère comme immoral dans la première de ces con-

[9] H. E. VII. 218.

[10] Ceci n'est évidemment pas un principe absolu. Il faut toujours prendre en considération les circonstances; il pourra se présenter certains cas où la garantie du porte-fort elle-même paraîtra immorale.

ventions, c'est qu'une personne restreigne sa liberté dans un domaine qui doit être régi avant tout par le sentiment. Or, cette restriction de la liberté n'existe pas dans le second cas. X. n'est pas obligé par ma promesse de porte-fort ; il conserve toute sa liberté d'action et peut épouser Mlle Z., si cela lui convient. En matière de commerce, les engagements de ne pas faire concurrence à une certaine personne, s'ils ne sont pas limités à un rayon ou à un temps déterminés, sont aussi considérés comme non valables.[11] Il n'y a cependant rien d'immoral ou d'illicite lorsqu'une personne se porte fort vis-à-vis de son cocontractant qu'un tiers ne lui fera pas concurrence. Ce qui est immoral dans le premier cas, c'est une restriction excessive de la liberté, c'est l'obligation, c'est l'engagement que prend une personne de ne pas faire concurrence à une autre Il n'y a rien de pareil dans le second cas. Ici, le tiers n'est pas obligé ; sa liberté reste complète. Quant au porte-fort, il garantit ce simple fait, absolument licite, que le tiers s'abstiendra de faire concurrence à l'autre contractant.[12]

En ce qui concerne l'impossibilité, les solutions sont différentes.[13] De ce que le fait garanti est impossible, on ne peut conclure à l'impossibilité de la prestation du promettant et à l'application de l'art. 16. Le porte-fort ne s'engage pas à une chose impossible ; il garantit que quelque chose d'impossible se produira ou qu'une chose certaine ne se produira pas. Par cette garantie, il s'o-

[11] H. E. II. 293.

[12] Dans des cas pareils, un cautionnement ne serait pas possible, parce qu'il faudrait pour cela que le tiers s'oblige au fait garanti, ce qui est précisément considéré comme illicite. L'obligation principale étant nulle (art. 17), le cautionnement l'est aussi (art. 492, al. 1).

[13] V. Stammler. *Der Garantievertrag*, nº 40.

blige à payer des dommages et intérêts à l'autre partie, prestation toujours objectivement possible. L'art. 17 est donc inapplicable à la promesse de porte-fort en cas d'impossibilité du fait garanti. Mais cela ne veut pas dire qu'une telle impossibilité soit toujours sans influence sur l'engagement du porte-fort.

Pour décider quels sont les effets de l'impossibilité du fait garanti, nous pensons, vu le silence de la loi, qu'il faut se diriger d'après la nature et le but de la promesse de porte-fort, et d'après l'intention des parties. Tout d'abord, il n'y a pas lieu de distinguer ici entre une impossibilité objective et une impossibilité subjective ; peu importe que le fait soit impossible en lui-même ou qu'il soit impossible seulement au tiers qui doit l'exécuter. Par contre, il est essentiel de savoir si les parties connaissaient ou non l'impossibilité, lors de la conclusion du contrat. Si toutes deux avaient connaissance de l'impossibilité, il n'y a pas de raison pour déclarer nécessairement nul l'engagement du promettant ; mais il est évident que ce dernier n'est pas un porte-fort, car son intention était de faire un tout autre acte qu'un contrat de garantie, une donation, par exemple.

La même solution s'impose, lorsque le promettant seul connaissait l'impossibilité. Mais lorsque l'impossibilité, connue du stipulant, était inconnue du promettant, ou lorsqu'elle était inconnue des deux parties, rien ne s'oppose à ce qu'il y ait en principe une promesse de porte-fort valable.[14] Toutefois, le promettant pourra, selon les cas, se libérer de son obligation en invoquant le dol de l'autre partie, ou même en prouvant

[14] Comp. p. 75.

que, dans l'intention des parties, la promesse de porte-fort avait eu pour but de garantir la réalisation du fait, supposé possible, sans en garantir la possibilité. Au reste, le juge appréciera souverainement selon les circonstances.

Il faut en outre que le fait garanti soit le fait d'un tiers, c'est-à-dire le fait d'une personne autre que le promettant et le stipulant. Il n'y a pas plus promesse de porte-fort lorsque je garantis à quelqu'un son propre fait que lorsque je lui garantis le mien. L'art. 127 suppose nécessairement trois personnes distinctes : le promettant, le stipulant et le tiers. Cela paraît très simple, et cependant on est quelquefois induit en erreur. C'est ainsi que celui qui promet le fait d'une personne à laquelle son autorité (autorité paternelle, par ex.) lui donne le pouvoir d'ordonner l'accomplissement du fait promis, promet en réalité son propre fait, non le fait d'un tiers. L'art. 127 n'est pas applicable à la convention par laquelle A. promet à B. que son fils mineur entrera pour deux années en apprentissage chez ce dernier, [15] parce que le fait promis ne dépend en droit que de A., promettant, nullement de son fils. A part cela, on peut se porter fort pour toute personne, même pour un incapable, et alors il est évident que le porte-fort ne peut se prévaloir des moyens résultant de l'incapacité.

Aux conditions que doit réaliser le fait promis, s'ajoutent encore les suivantes, qui résultent de la nature

[15] V. Seulfert's Archiv. XI. 238 : « Ueberdiess beziehen sich die gesetzlichen Bestimmungen über die Unverbindlichkeit der Verträge, welche Handlungen Dritter zum Gegenstande haben, nicht auf das Versprechen solcher Leistungen anderer, welchen der Promittent wegen der ihm zustehenden Gewalt die Vornahme derselben befehlen kann. »

de la promesse de porte-fort, et sur lesquelles le texte allemand de l'art. 127 ne laisse aucun doute, puisqu'au lieu de parler de *fait,* comme le texte français, il parle de *prestation (Leistung).*[16] Le stipulant doit avoir un intérêt à la réalisation du fait garanti, sinon il ne peut être question de dommages et intérêts en cas d'inexécution, et si le promettant s'est néanmoins obligé pour ce cas, son obligation n'est qu'une obligation conditionnelle. Je vous promets, par exemple, que X. ira à Paris dans le courant de l'année, et je m'oblige à vous payer 500 fr. si X. ne va pas à Paris. Il est évident que si vous n'avez aucun intérêt à ce que X. aille à Paris, je ne dois pas être envisagé comme un porte-fort, mais comme le débiteur d'une simple obligation conditionnelle. Disons enfin que le fait promis doit dépendre au moins en partie de la volonté du tiers, et pas uniquement d'une autre personne ou du hasard. Ce doit être un fait auquel il serait matériellement possible à une personne de s'obliger.[17] C'est ainsi que je ne promets pas le fait d'un tiers, au sens de l'art. 127, quand je vous promets que X., à qui vous servez une rente viagère, ne vivra plus deux ans, ni lorsque je vous promets que Z. gagnera dans une loterie.[18]

[16] « Wer die *Leistung* eines Dritten verspricht, ist zum Schadenersatze verpflichtet, wenn dieselbe nicht erfolgt. » Le texte italien est la traduction littérale de l'allemand : « Chi promette la *prestazione* di un terzo è tenuto ai danni, se questa non segua. » — Les codes étrangers parlent en général de la promesse du *fait* d'un tiers. Comp. c. c. fr. 1120, c. c. belge 1120, c. c. italien 1129. Dans le projet de c. c. all., *Handlung*, et pas *Leistung*, etc.

[17] « Matériellement possible. » Comp p. 48 et suiv.

[18] En droit français, les auteurs admettent que la promesse de porte-fort suppose une « convention valable, en ce sens qu'elle eût été obligatoire si le tiers y était intervenu », autrement dit qu'« on peut se

Malgré les conditions que nous avons vues, qui restreignent passablement le domaine des *faits* pour lesquels on peut se porter fort; malgré le sens très large qu'on peut donner au mot *Leistung,* il subsiste une petite divergence entre les textes de l'art. 127. Il pourra se présenter certains cas auxquels le texte français paraîtra applicable, alors que les textes allemand et italien ne le seront pas. Un répétiteur garantit aux parents de son élève qu'après six mois de leçons ce dernier passera avec succès ses examens de maturité, cela sous peine de renoncer à ses honoraires. Il s'agit bien ici de la garantie d'un fait de l'élève; mais ce fait peut-il être qualifié de *Leistung*?

porter fort pour l'accomplissement de toute espèce de faits, pourvu qu'ils puissent faire l'objet d'une convention ». Dire cela chez nous serait trop restreindre le domaine de l'art. 127. En droit français, le porte-fort agit toujours au nom de celui dont il promet le fait (il promet la ratification), ce qui n'est pas le cas dans notre droit. Nous avons vu qu'on peut se porter fort qu'un tiers fera ou ne fera pas une chose à laquelle l'art. 17 l'empêche de s'obliger valablement.

CHAPITRE II

Distinction entre la promesse de porte-fort et le cautionnement.

§ 1. Importance de cette distinction.

Nous avons dit que, dans notre droit, la caution est une espèce de porte-fort. La teneur de l'art. 127 est tout à fait générale : le porte-fort garantit toutes sortes de faits ; il peut garantir qu'un tiers exécutera une obligation déjà contractée ou que ce tiers contractera avec le stipulant et s'exécutera ensuite, comme il peut simplement garantir la conclusion du contrat. Mais, garantir l'exécution d'une obligation, c'est aussi le but du cautionnement, défini par l'art. 489 : Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à satisfaire à une obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Si le porte-fort garantit d'une façon générale tous les faits d'un tiers, la caution garantit certains de ces faits. Il est donc juste de dire que l'art. 489 est une application spéciale de l'art. 127, plus général. Le cautionnement est une espèce de promesse de porte-fort, celle par laquelle une personne garantit l'exécution de l'obligation d'un tiers.

On prétend quelquefois, mais à tort, que la promesse de porte-fort de l'art. 127 est un cautionnement. Il est facile de se convaincre qu'une pareille affirmation est basée sur une confusion. S'il est vrai que dans notre droit, la promesse de porte-fort est plus étendue qu'en droit français, puisque la garantie a pour objet non pas simplement la ratification de la promesse, mais son exécution par le tiers, il n'en est pas moins vrai que le porte-fort peut garantir toutes sortes d'actes, la conclusion d'un contrat par exemple, et pas seulement l'exécution d'obligations. Le cautionnement est une espèce de promesse de porte-fort ; cette dernière n'est pas nécessairement un cautionnement.[1]

La limite entre la promesse de porte-fort ordinaire et son application spéciale, le cautionnement, n'est pas fixée dans le C. O. C'est là une lacune d'autant plus regrettable que cette limite n'est pas sans importance et qu'il est très difficile, peut-être même impossible, de la fixer d'une façon tout à fait satisfaisante au moyen de l'interprétation.[2]

Tandis que le Code ne contient qu'un seul article sur la promesse de porte-fort, il règle avec soin toute la matière du cautionnement, dont tous les détails ont été

[1] V. v. Tuhr dans la « *Zeitschrift für schweizerisches Recht* ». Neue Folge. Band XII, Heft 1, p. 109. — Rossel : Manuel nº 141. — Baudry Lacantinerie et L. Barde, nº 132 : « D'après le Code féd. des obl., au contraire, celui qui promet le fait d'autrui en se portant fort, garantit l'exécution de ce fait, et, par conséquent, joue le rôle de caution ». — M. Rossel : Le porte-fort en droit féd., II.

[2] En droit français, l'obligation du porte-fort et celle de la caution diffèrent beaucoup plus que dans notre droit, puisque le porte-fort promet qu'un tiers s'obligera, la caution qu'un débiteur exécutera. — Troplong : *Du cautionnement*, ch. I. 29 et suiv. — Laurent XXVIII. 118 et suiv.

étudiés, toutes les éventualités prévues. (Art. 489-511.) On a accordé aux cautions certains avantages, tels que les bénéfices de discussion et de division, et la subrogation légale en cas de paiement, avantages qu'on n'avait pas donnés aux autres porte-fort. La caution peut exiger du créancier qu'il poursuive premièrement le débiteur principal, et ce n'est que dans les cas limités par la loi qu'elle peut être astreinte au paiement (art. 493). Lorsque plusieurs personnes ont cautionné conjointement une même dette divisible, chacune d'elles n'est tenue de payer qu'une part virile, tant que les autres sont solvables (art. 496). La caution qui a payé est subrogée aux droits du créancier, jusqu'à concurrence de ce qu'elle lui a payé, en vertu de l'art. 504, et l'art. 501 déclare la caution libérée par l'extinction de la dette principale. Ces règles, spéciales au cautionnement, et qu'on ne saurait, en raison de leur caractère exceptionnel, étendre aux autres cas de porte-fort, sont une cause de l'importance qu'il y a à limiter exactement le domaine du cautionnement.

En outre, le porte-fort ordinaire ne peut être condamné, en cas d'inexécution de la part du tiers, qu'au paiement de dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts, réparation du préjudice découlant de l'inexécution pour le stipulant, sont laissés à la libre appréciation du juge, qui les fixera dans chaque cas particulier en tenant compte des circonstances. Le porte-fort ne sera tenu d'exécuter lui-même le fait garanti que si les parties ont expressément manifesté leur volonté sur ce point. Il en est autrement en cas de cautionnement. Ici le juge n'a plus la faculté d'évaluer librement l'étendue des dommages et intérêts ; il doit suivre les règles pré-

cises que la loi lui prescrit. La caution doit exécuter l'obligation à défaut du débiteur principal (art. 489); elle doit payer en outre, dans certains cas, les frais des poursuites ou actions dirigées contre le débiteur principal, et les intérêts stipulés (art. 499, al. 2 et 3).

Mais il est une disposition plus importante encore. C'est celle de l'art. 491 : « Le contrat de cautionnement, pour être valable, doit être fait en la forme écrite ». — L'art. 127, en effet, n'établit aucune forme pour la validité de l'engagement du porte-fort; il faut donc appliquer le principe général de l'art. 9, d'après lequel les contrats ne sont soumis à une forme particulière au point de vue de leur validité, qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi, et décider que la promesse de porte-fort peut se faire dans n'importe quelle forme : oralement aussi bien que par écrit (voir p. 42 et suiv.).

Nous sommes ainsi en présence de deux contrats dont l'un jouit quant à sa forme de la liberté de l'art. 9, et dont l'autre, qui n'est qu'une espèce du premier, n'est valable que s'il est fait par écrit. Comment concilier les textes des art. 127 et 491 ? Faut-il admettre que le législateur a voulu autoriser, à côté du cautionnement ordinaire, un cautionnement non écrit, et que l'art. 127 permet d'échapper aux exigences de l'art. 491 ? Devons-nous dire au contraire que celui qui se porte fort pour l'exécution d'une obligation est soumis aux règles spéciales des art. 489 et suiv., et ne peut s'engager valablement qu'en observant la forme écrite ?

Avant d'aborder cette question, nous croyons utile de rappeler rapidement l'origine, la nature et le but du cautionnement, ainsi que les dispositions du C. O. sur ce contrat.

§ 2. Du cautionnement.

De bonne heure déjà dans le développement du droit, on sentit la nécessité d'une institution destinée à garantir à un créancier le paiement de sa créance, cela par l'intervention d'un second débiteur. Cette nouvelle institution, dont le but était le même que celui du gage et de l'hypothèque, répondait si bien aux besoins de l'organisation sociale de Rome que son usage se répandit rapidement. Malgré la plus grande sûreté qu'ils trouvaient dans le gage *(plus est in re quam in persona),* les Romains préférèrent pendant longtemps la garantie personnelle à la garantie réelle ; ils en firent même un tel abus, qu'il fallut maintes fois songer à modifier l'institution primitive, qui présentait encore bien des imperfections. De ces modifications est sorti le cautionnement de Justinien, qu'on retrouve presque tel quel dans nos lois modernes.

Nous ne nous arrêterons pas à l'historique du cautionnement, qui serait longue et nous ferait sortir de notre sujet. Mais nous tenons cependant à signaler ce fait très important que, dès l'origine, on a fait du cautionnement un *contrat accessoire,* et que sa conclusion a toujours été subordonnée à l'existence d'une obligation principale.[1]

[1] Gaius (III. 115) nous apprend que, de son temps, on pouvait s'obliger pour un débiteur en qualité de *sponsor*, *fidepromissor* ou *fidejussor*. Sous ces trois formes, l'obligation se formait *verbis*, par le moyen de la stipulation. Les formules employées par le créancier dans son interrogation étaient : *idem dari spondes ? idem fidepromittis ?* et *idem fide tua esse jubes ?* Ces formules sont très importantes pour nous, car elles nous montrent que le *sponsor*, le *fidepromissor* et le *fidejussor* ne pouvaient s'obliger que s'il existait une première obligation, et

A la tête des lois modernes,[2] le c. c. fr. déclare (art. 2012) que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, et qu'il ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (art. 2013). Le c. c. fr ne dit pas, à la vérité, en termes explicites, que le cautionnement est un contrat accessoire. Mais cela ressort avec évidence de ses dispositions, et d'ailleurs les rédacteurs du code, et avant eux Pothier se sont exprimés clairement à ce sujet.[3]

qu'ils devaient s'obliger à la même prestation — *idem* — que le premier débiteur. Que la notion d'obligation accessoire ne fût pas encore familière aux Romains lorsqu'apparurent la *sponsio* et la *fidepromissio*, c'est possible ; mais ce qui est certain, c'est que cette notion ne leur a pas été longtemps étrangère et que dès l'origine on a appliqué aux premières formes du cautionnement des règles identiques à celles des obligations accessoires. V. Girtanner : « *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte* ». — Gaius déjà fait indubitablement rentrer l'obligation de la caution dans la catégorie des obligations accessoires : In eo jure quoque juris par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fidejussorum, quod ita obligari non possint ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur : at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus ; nam ut adstipulatoris, ita et *horum obligatio accessio est principalis obligationis*, nec plus in accessione esse potest quam in principali re. — Justinien a reproduit cette déclaration de Gaius ; mais il ne l'applique qu'à la *fidejussio*, puisque la *sponsio* et la *fidepromissio* n'existaient plus de son temps. § 5. J. 3. 20 — l. 8. § 7. D. 46. 1. — C'est la *fidejussio* de Justinien, combinée avec le *constitutum debiti alieni,* dans lequel le formalisme jouait un moins grand rôle, qui est devenue notre cautionnement moderne.

[2] Comp. c. c. all. § 765. — C. c. italien, art. 1898. — C. c. portugais, 818 et suiv. — Code autrichien, 1344. — Bürg. Ges. b. f. das Königr. Sachsen, § 1449, etc.

[3] Pothier traite du cautionnement sous la rubrique d'un chapitre intitulé : « Des obligations *accessoires* des fidéjusseurs et autres qui *accèdent* à celles d'un principal débiteur ». Il définit le cautionnement : « Un contrat par lequel quelqu'un s'oblige envers le *créancier* à lui payer, en tout ou en partie, ce que le débiteur lui doit, en *accédant à son obligation* ». — Comp. : Exposé des motifs par le conseiller d'État Treilhard. — Rapport fait au Tribunat par le tribun Chabot. — Discours prononcé au Corps législatif par le tribun Lahary.

Le C. O. définit le cautionnement : un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à satisfaire à une obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (art. 489). Le premier alinéa de l'art. 492 est la reproduction textuelle de l'art. 2012, al. 1, c. c. fr. : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ». Le second alinéa de ce même article nous apprend qu'on ne peut cautionner une obligation future ou conditionnelle que pour le cas où elle sortirait effet ; et l'art. 501, que la caution est libérée par l'extinction de la dette principale. On ne peut donc nier que ce soit aussi chez nous un contrat accessoire. Bien plus, nous estimons ce caractère du cautionnement plus important encore dans notre Code. C'est grâce à lui qu'on peut distinguer la caution du porte-fort ordinaire.

Tandis que la caution n'intervient qu'accessoirement et ne peut garantir que l'exécution d'une obligation née ou à naître, le porte-fort s'oblige principalement et promet au stipulant l'exécution d'un fait, indépendamment de tout rapport obligatoire entre le tiers dont le fait est promis et le stipulant. Cette distinction est exposée très clairement par M. Rossel, auquel nous empruntons ce qui suit : « Le cautionnement suppose forcément une obligation née ou à naître entre débiteur et créancier, alors que, dans l'espèce de l'art. 127, le fait du tiers est promis en dehors de tout rapport d'obligation entre ce dernier et la personne envers laquelle la promesse a eu lieu, le stipulant. Je cautionne L., débiteur d'une somme de 1000 fr., suivant une reconnaissance ou tout autre titre ; je cautionne L., avant tout versement de fonds, pour un crédit de 1000 fr. que lui ouvrira tel ou tel banquier ; ou je cautionne le fonctionnaire L. pour garantir

la réparation du dommage qu'il pourra causer dans l'exercice de ses fonctions. Dans toutes ces hypothèses, nous avons une obligation née ou à naître, à laquelle la caution n'intervient qu'accessoirement. Le cautionnement n'est que l'accessoire d'une obligation principale, présente ou future. Le contrat par lequel le porte-fort se lie est un contrat principal, qui se forme entre le porte-fort et le stipulant, en dehors de tout rapport obligatoire entre ce dernier et le tiers dont le fait est promis ».

Grâce à ce critérium, il est en général facile de discerner si l'on est en présence d'un cautionnement ou d'une promesse de porte-fort ordinaire, s'il faut appliquer à l'accord des parties les règles spéciales des art. 489 et suiv., ou si c'est l'art. 127 uniquement qui doit être pris en considération. Il peut cependant se présenter des cas embarrassants. Supposons par ex. que, postérieurement à la promesse de porte-fort, le tiers s'oblige vis-à-vis du stipulant à accomplir le fait qui a été promis de lui. Est-ce une véritable promesse de porte-fort ? Est-ce le cautionnement d'une obligation future ? Ou bien encore, est-ce tout à la fois l'un et l'autre, et faut-il décider que le promettant est tenu comme porte-fort jusqu'au moment où le tiers a contracté avec le stipulant, comme caution à partir de ce moment ? Nous répondons qu'il n'y a plus ici qu'une question de fait, très délicate il est vrai, mais que le juge a seul qualité pour résoudre. C'est en recherchant la véritable intention des parties que le juge arrivera dans chaque cas à discerner si c'est promesse de porte-fort, cautionnement, ou combinaison de ces deux contrats, cela d'après le critérium que nous venons de voir. La question revient à

ceci : le promettant entendait-il garantir un simple fait ou voulait-il assurer l'exécution d'une obligation ?

La décision du juge sera souvent facilitée s'il parvient à connaître le but que se proposaient les parties. La caution s'engage à exécuter elle-même l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas. Le porte-fort n'assume que l'obligation éventuelle de payer des dommages et intérêts, nullement celle d'exécuter le fait à défaut du tiers. Quand je cautionne la dette de 1000 fr. que B. a à votre égard, c'est que j'ai l'intention de vous la payer à défaut de B. Quand par contre je me porte fort que C. vous louera le premier étage de sa maison, mon intenotin n'est pas de vous le louer à la place de C., mais de vous dédommager de la perte que vous subissez par le fait que le logement, sur lequel je vous avais donné des droits de compter, vous est refusé.

Ceci n'est toutefois qu'une présomption, dont il faut se garder de faire une règle infaillible, car on pourrait être induit en erreur. Rappelons que la disposition de l'art. 127, qui condamne le porte-fort à des dommages et intérêts, est de droit dispositif. Les parties peuvent y déroger et convenir qu'en cas d'inexécution de la part du tiers le promettant sera tenu d'exécuter lui-même, sans qu'il existe pour cela un rapport d'obligation entre le stipulant et le tiers, condition sine qua non du cautionnement. D'un autre côté, nous savons qu'il est de l'essence du cautionnement que toute espèce d'obligation puisse être garantie par la caution.[4] Notre Code sur

[4] Que l'obligation ait pour objet le paiement d'une somme d'argent, la dation d'une chose mobilière ou immobilière, ou une autre prestation, peu importe : toute obligation valable peut être cautionnée, quel qu'en soit l'objet. Ce principe, qui était celui du droit romain, est en-

ce point encore n'a pas dérogé aux principes généralement admis ; les termes très généraux de l'art. 489 en sont la preuve. Dans la règle sans doute, ce contrat sera destiné à assurer le remboursement d'une dette d'argent, mais ce ne sera pas toujours le cas. On peut parfaitement cautionner un entrepreneur qui s'est engagé à construire une maison, un peintre qui doit décorer une salle, un vendeur qui s'est obligé à transmettre la propriété d'un certain objet, un prisonnier mis en liberté sous promesse de ne pas se soustraire à l'action de la justice.[5] Dans des cas pareils, la caution est tenue d'exécuter elle-même, si la personne du débiteur n'est pas essentielle. Mais, si la personne du débiteur est essentielle, si la caution se trouve dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation, parce qu'il lui manque les connaissances ou les aptitudes nécessaires, il serait absurde d'exiger d'elle autre chose que la fourniture de dommages et intérêts, et cependant ce n'est pas ici la promesse de porte-fort de l'art. 127, mais un vrai cautionnement, puisque le promettant n'est intervenu qu'accessoirement, dans le but de garantir l'exécution d'une obligation.

Étant donnée la nature de la promesse de porte-fort

core celui du droit moderne. Cependant la rédaction primitive du projet de code civil français était ainsi conçue : « Celui qui se rend caution d'une obligation s'oblige, envers le créancier à lui *payer*, au défaut du débiteur, ce que celui-ci lui *doit.* » Lors de la communication faite au Tribunat, la section de législation proposa une nouvelle rédaction, celle qui a été définitivement adoptée, « parce que le projet semblait limiter le cautionnement au cas où le débiteur s'engageait à payer une somme d'argent, et qu'il est de l'essence du cautionnement que toute espèce d'obligation puisse être garantie par la caution ». V. Laurent XV. 128.

[5] V. Rossel : *Manuel*, § 652

dans notre Code, on peut regretter que le cautionnement n'ait pas été restreint aux dettes d'argent ou de choses fongibles ; mais n'est-il pas un peu absolu de dire avec M. Rossel : «Il importera d'admettre, en principe, qu'il y a cautionnement et que l'art. 491 sera applicable, toutes les fois que le fait garanti consistera dans le paiement de sommes d'argent ou de choses fongibles, l'étendue du dommage à réparer étant fixée ici, au demeurant, par l'importance des sommes d'argent ou des choses fongibles reçues par le tiers et non restituées au stipulant; dans les autres cas, l'art. 127 ferait règle »?[6]

La seule distinction absolument certaine entre la promesse de porte-fort et le cautionnement serait donc celle qui se base sur le caractère *principal* de la première, *accessoire* de la seconde.[7] Si le promettant entend garantir à un créancier l'exécution de l'obligation qu'un tiers a contractée ou contractera envers lui, il est caution et doit profiter en cette qualité des avantages que lui accordent les art. 489 et suiv.; mais par contre, il doit s'engager par écrit. Si au contraire le promettant n'entend garantir au stipulant qu'un simple fait, indépendamment de toute obligation du tiers (quand bien même cette obligation existerait ou viendrait à se former postérieurement), il fait une promesse de porte-fort qui n'a pas besoin d'être constatée par écrit, mais qui ne

[6] Le porte-fort en d. féd., II in fine.

[7] V. H. E. VIII. p. 113. La garantie suivante a été envisagée comme promesse de porte-fort, non comme cautionnement. « Unterzeichnete garantirt hiemit die pünktliche Entrichtung der Prämie für die bei der Berner Handelsbank faustpfandsweise hinterlegte Police ihres Sohnes A. E. Ullmer de 60,000 fr. während der Dauer von dessen Moratorium. » C'était bien la garantie du paiement d'une somme d'argent ; mais cette garantie n'était pas accessoire.

le fera pas bénéficier des avantages de la caution.

On trouvera peut-être étrange que le législateur exige un engagement écrit de la caution et qu'il se contente d'une promesse verbale de porte-fort. Si la nécessité de la forme écrite a été introduite par l'art. 491 dans l'intérêt des cautions, pourquoi le législateur n'a-t-il pas voué le même intérêt aux autres porte-fort, dont la situation est moins favorable encore que celle des cautions, puisqu'ils ne jouissent pas des mêmes bénéfices ? Il est cependant facile de trouver la raison qui a déterminé le législateur. C'est en effet l'intérêt des cautions que poursuit la disposition de l'art. 491 ; en obligeant de recourir à la forme écrite, son but est de faire réfléchir celui qui veut s'engager comme caution, de diminuer ainsi le nombre incalculable des cautionnements donnés à la légère et des désastres financiers qui en sont très souvent la conséquence. Or c'est précisément dans le fait que le cautionnement est un contrat accessoire, c'est surtout dans les bénéfices, souvent illusoires, il est vrai, accordés aux cautions qu'il faut chercher la principale cause de ces cautionnements donnés à la légère. On cautionne avec la conviction que le débiteur sera en état de payer la dette à l'échéance, et qu'on peut ainsi par un seul mot lui rendre un grand service. On cautionne dans l'espoir de n'être jamais recherché, car il faudrait pour cela, chose presque impossible, que le débiteur soit en déconfiture.

Le porte-fort, lui, ne peut pas se bercer des mêmes illusions. Il sait que rien n'oblige le tiers à exécuter le fait garanti ; il sait qu'il suffira d'un simple refus du tiers pour que le stipulant se tourne contre lui, et qu'il n'aura pas alors une exception de discussion à lui opposer.

§ 4. Du cautionnement des obligations viciées pour cause d'incapacité ou d'erreur.

Nous ne pouvons passer sous silence la disposition très anormale par laquelle notre Code autorise le cautionnement des obligations contractées par des personnes chez lesquelles le consentement se trouvait vicié ensuite de leur incapacité ou de l'erreur essentielle dans laquelle elles se trouvaient. Cette disposition est la suivante : art. 492, al. 3. « La dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur principal, peut être valablement cautionnée si la caution, au moment où elle s'est engagée, connaissait le vice dont le contrat était entaché du chef du débiteur principal. »

Pour saisir la portée de cet article et la valeur du *cautionnement* en question, il faut savoir ce qu'on peut bien entendre par « une dette résultant d'un contrat qui n'oblige pas le débiteur principal ». Pour cela, rappelons les dispositions du Code sur l'incapacité et l'erreur.

L'art. 18 nous apprend qu'un contrat n'oblige pas la partie qui, au moment de le conclure, se trouvait dans une erreur essentielle. Il est complété et expliqué par l'art. 28 : « Le contrat entaché d'erreur ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée, est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé écouler une année sans notifier à l'autre sa résolution de ne pas maintenir le contrat, ou sans répéter ce qu'elle lui aurait déjà payé ; le délai d'un an court à partir de la découverte de l'erreur ou du dol et à partir du moment où la crainte s'est dissipée ». Il ressort avec évi-

dence de ces deux articles que nous n'avons pas ici une obligation inexistante ou nulle de plein droit, mais une obligation simplement annulable ou nulle en ce sens que la nullité doit en être demandée et prononcée par le juge.[1] Quand l'art. 18 dit que le contrat n'oblige pas la partie qui se trouvait dans l'erreur, cela signifie que cette partie a la faculté d'attaquer le contrat, qu'elle a le droit de se dégager de son obligation. Mais l'obligation existe, et la preuve, c'est que si le débiteur ne fait pas usage pendant le délai fixé du droit que la loi lui donne, ce droit se prescrit et l'obligation ne peut plus être annulée.

Tout autrement, les obligations contractées par des incapables.[2] L'art. 30, à la vérité, est très analogue à l'art. 18 : « Les mineurs et les majeurs privés de la capacité de contracter ne peuvent s'obliger ou renoncer à des droits qu'avec le consentement de leur représentant légal ». Mais ne nous trompons pas à l'apparence ; lisons les articles suivants. Art. 32 : « Le contrat fait sans le consentement requis peut être ratifié, soit par le représentant légal, soit par le contractant lui-même si celui-ci est devenu capable dans l'intervalle. — L'autre partie cesse d'être liée si le contrat n'est pas ratifié dans un délai convenable fixé par elle ou, sur sa demande, par l'autorité compétente ». Art. 33, al. 1 : « A défaut de ratification, chacune des parties peut se faire restituer ce qu'elle a déjà payé ». Ce n'est plus à un contrat annu-

[1] Anfechtbar. — La terminologie française distingue les actes *nuls de plein droit ou inexistants* qui ne peuvent produire aucun effet parce qu'ils sont prohibés par la loi, et les actes *simplement nuls* dont la nullité peut être demandée. Laurent XXVIII, 133 et suiv.

[2] Comp. v. Tuhr. *Zeitsch. f. schw. R.*, p. 110.

lable que nous avons affaire. La loi ne dit pas que le contrat conclu par un incapable sans l'autorisation requise puisse être annulé, mais qu'il peut être ratifié. Cette ratification est absolument nécessaire pour que le contrat produise ses effets. A défaut de ratification, il est considéré comme inexistant et chaque partie peut se faire restituer ce qu'elle a déjà payé (art. 33, al. 1).[3] L'incapable n'a pas besoin d'attaquer le contrat pour en paralyser les effets ; il suffit qu'il ne le ratifie pas.[4] L'art. 30, analogue à l'art. 18, a donc une toute autre signification que ce dernier. L'incapable n'est pas obligé ; il n'est pas même débiteur d'une obligation annulable. Son obligation n'apparaît qu'en cas de ratification du contrat. C'est donc en réalité une obligation conditionnelle, dont la formation dépend d'un événement incertain, la ratification. Tant que le contrat n'est pas ratifié, la condition n'est pas réalisée et l'obligation qui en dépend est inexistante.

On voit ainsi que le rédacteur du Code a réuni deux notions assez différentes au troisième alinéa de l'art. 492. « La dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur principal », c'est tout à la fois une obligation effective mais annulable et une obligation conditionnelle encore inexistante.

Dans quelle mesure pouvait-on logiquement concevoir le cautionnement de telles obligations ?

[3] V. Brandis : über absolute und relative Nichtigkeit (in *Lindes Zeitschrift*, VII, p. 149 et suiv.). — Wächter : *Handbuch des Württembergischen Privatrechts*, II, § 86. 6. — Savigny : *System des heutigen röm. R.*, III, § 108. — Puchta : *Vorlesungen über das heutige röm. R.*, § 232.

[4] La situation est identique à celle que prévoit l'art. 46, lorsqu'un contrat a été conclu par un représentant non autorisé.

L'obligation annulable a une existence légale jusqu'à ce qu'elle soit annulée. En ce sens, elle est valable et par conséquent elle peut être cautionnée. Mais, de ce que l'obligation principale est annulable, il résulte que l'obligation accessoire de la caution doit l'être aussi, et par cela seul que l'obligation principale sera annulée, le cautionnement tombera avec elle : *accessorium sequitur principale*. Tant que l'obligation principale n'aura pas été annulée, le cautionnement produit son effet ; et comme il se peut que l'obligation principale ne puisse plus être annulée, qu'elle soit validée, dans ce cas, le cautionnement qui la garantit sera également validé. Telles sont en droit français les obligations contractées par erreur, par violence ou par dol, au sujet desquelles Chabot déclare que l'effet de l'action en nullité est le même pour le cautionnement que pour l'obligation principale.

Quant aux obligations conditionnelles, elles n'existent pas tant que la condition dont dépend leur formation n'est pas réalisée. Un cautionnement n'est donc possible que si la condition se réalise. Mais rien n'empêche de cautionner une obligation conditionnelle avant l'arrivée de la condition ; seulement l'obligation de la caution sera conditionnelle de même que celle du débiteur principal ; elle prendra naissance avec elle et ne se formera pas si l'obligation principale ne se forme pas. C'est ce que dit notre art. 492, al. 2. « On peut cautionner une obligation future ou conditionnelle pour le cas où elle sortirait effet ».

Si nous appliquons ces règles aux obligations contractées par erreur et aux obligations des incapables dans notre Code, nous arrivons à la conclusion qu'il est logi-

quement possible de cautionner ces obligations, mais que l'obligation de la caution devrait tomber avec l'annulation du contrat en cas d'erreur, et qu'elle ne devrait prendre naissance qu'au moment de la ratification du contrat en cas d'incapacité. En d'autres termes, la caution ne peut être obligée que dans les cas où le débiteur principal est obligé. [5]

On pourrait à la rigueur entendre l'art. 492, al. 3, dans ce sens, en lui donnant l'interprétation suivante : La dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur principal, peut être valablement cautionnée « pour le cas où l'obligation sortirait effet », si la caution, etc. Mais malheureusement cet article a une histoire, et les débats auxquels ont donné lieu les projets du C. O. ne laissent aucun

[5] En droit romain, lorsqu'un fidéjusseur promettait plus que le débiteur principal, sa promesse était entièrement nulle, tandis qu'en cas de constitut, on se bornait à réduire l'obligation du constituant jusqu'à concurrence de l'obligation principale. Cette différence venait de ce que la *fidejussio* avait un caractère beaucoup plus strict que le *constitutum*, lequel résultait d'un simple pacte. — Le droit moderne, dont la tendance est d'abandonner tout ce qui n'est que formalisme inutile, a suivi en matière de cautionnement la règle adoptée par les Romains pour le constitut. La disposition, commune à tous les codes actuels, que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable (C. O., art. 492, al. 1), c'est-à-dire ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal, doit s'entendre dans le sens qu'un cautionnement supérieur est réductible au taux de l'obligation principale. Quant au surplus, nous pensons qu'il n'y a aucune raison pour déclarer a priori nulle sur ce point l'entente des parties, car il est possible qu'elles aient voulu faire un autre acte à côté du cautionnement, une donation par ex. Disons donc en résumé qu'une promesse de caution excédant la dette à garantir n'est valable comme *cautionnement* que jusqu'à concurrence du montant de cette dernière. — Comp. Windscheid, § 477. N. 10. 11. 23. — Brinz, « *Pandekten* », § 353. — Wächter in Holtz. Encycl. « das heutige röm. R. », § 69. — Eck in Holtz. Rechtslexikon. — Seuffert's Archiv XXVII, nº 129. — Stammler, p. 38.

doute sur le sens qu'on lui a donné.[6] Le dernier projet prévoyait même le cautionnement des engagements arrachés par dol ou contractés sous l'empire de la crainte, si la caution connaissait le fait. Ce n'est que sur le rapport de la Commission du Conseil des États, objectant que l'État ne doit, dans aucun cas, accorder son appui à des réclamations qui ont un caractère immoral ou illégal, qu'on a adopté définitivement le système des projets antérieurs, soutenu par la minorité de la Commission. La majorité de la Commission aurait voulu qu'on allât plus loin et proposait de retrancher complètement le troisième alinéa de l'art. 501 du projet,[7] et de déclarer non valable tout cautionnement pour des mineurs, alors même que la qualité du débiteur principal est connue de la caution. Cette proposition a été rejetée par le Conseil des États.

On peut ainsi, en vertu de l'art. 492, al. 3, *cautionner* une obligation contractée par erreur même pour le cas où l'obligation serait annulée ; on peut *cautionner* la dette d'un incapable, même pour le cas où le contrat ne serait pas ratifié et où cette dette n'existerait pas. C'est illogique. Le troisième alinéa de l'art. 492 est une dérogation au principe essentiel du cautionnement, principe affirmé par les art. 489, 492, al. 1 et 2 et 501 C. O. Cette dérogation nous paraît d'autant plus regrettable qu'elle n'était pas nécessaire.[8]

[6] Rapport de la Commission du Conseil des États chargée d'examiner le projet de loi féd. sur les Obl. et le d. commercial (31 mai 1880), p. 18.

[7] Projet présenté par le département féd. de Justice et Police sur la base des délibérations d'une Commission préconsultative. Juillet 1879.

[8] En droit romain, si on pouvait cautionner des pupilles, c'est parce

Nous ne prétendons nullement qu'on aurait dû interdire toute convention par laquelle on garantit à une personne la ratification du contrat qu'elle a conclu avec un incapable non autorisé, ou le fait que son cocontractant ne se prévaudra pas de l'erreur dans laquelle il se trouvait lors de la conclusion du contrat. Non, car de telles promesses sont prévues par l'art. 127. Au lieu d'en faire des *cautionnements,* on aurait mieux fait de les laisser ce qu'elles sont : des promesses de porte-fort.[9]

Nous aurions alors dans les cas de l'art. 492, al. 3, un mélange de cautionnement et de promesse de porte-fort. Le garant serait engagé comme *caution* tant qu'il y a une obligation principale ; en cette qualité, il devrait exécuter l'obligation à défaut du débiteur principal. Il serait engagé comme *porte-fort* quand l'obligation principale n'existe pas encore ou n'existe plus ; en cette qualité, il ne serait tenu qu'à des dommages et intérêts, non à l'exécution d'une obligation inexistante.

que ces derniers s'obligeaient *naturellement* par leurs promesses faites *sine auctoritate tutoris* et que toute obligation, même naturelle, pouvait être cautionnée. § 1. J. 3. 20. — V. à ce sujet, qui a donné lieu à de grandes controverses : Vangerow I. § 278 et suiv. — Sintenis « *das practische gemeine Civilrecht* » I. — Ihering : « *Geist des röm. Rechts* », III. 142. — Accarias : « *Précis de droit romain* ». I. nº 156. — Windscheid, § 321 et suiv.

En droit français, l'obligation contractée par un mineur sans autorisation est une obligation annulable. Il est dès lors possible de la cautionner : mais le cautionnement devrait tomber avec l'obligation principale en cas d'annulation de cette dernière. L'art. 2012, al. 2, c. c., déroge à la règle : *accessorium sequitur principale*, quand il dit : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité ».

[9] V. Cours manuscrit de M. le prof. Dr Huber, § 32.

CHAPITRE III

Effets de la promesse de porte-fort.[1]

§ 1. Entre le porte-fort et le stipulant.

Par cela seul qu'il garantit le fait d'un tiers, le porte-fort s'oblige à dédommager le stipulant, si le tiers n'exécute pas. Cette règle si simple, formulée par l'art. 127, donne encore lieu à plusieurs questions qu'il nous reste à examiner dans ce chapitre.

Si le tiers n'exécute pas, nous savons que le porte-fort ne peut pas se libérer par la preuve qu'aucune faute ne lui est imputable. Il ne suffit pas qu'il ait fait tout ce qu'on pouvait attendre de lui pour amener le tiers à exécuter, ni même que sur ses persuasions le tiers se soit obligé personnellement au fait promis.[2] Dans notre droit, le porte-fort est un garant ; il garantit le fait d'un tiers ; il est donc tout naturel que la loi le déclare tenu aux dommages et intérêts « en cas d'inexécution de la part de ce tiers ».

[1] M. Rossel : Le porte-fort en d. féd., III. — Nous ne nous occuperons ici que de la promesse de porte-fort ordinaire, abstraction faite du cautionnement.

[2] Comp. les art. 744 et 768 en matière de droit de change.

Mais qu'en est-il lorsque ensuite d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure l'exécution est devenue impossible au tiers? La garantie de porte-fort va-t-elle jusque-là? Je vous ai promis que Pierre vous enseignera le dessin ou que Paul vous louera sa maison pour l'hiver; et voilà qu'après mon engagement, Pierre est subitement frappé de paralysie, et que la maison de Paul est détruite par un incendie. L'art. 127, pris à la lettre, m'obligerait dans des cas pareils à vous payer des dommages et intérêts.[3] Nous pensons toutefois qu'une telle solution serait souvent contraire à l'équité, contraire à l'esprit du C. O. Sans doute, il peut arriver que les parties aient prévu dans la promesse de porte-fort toutes les éventualités, même le cas de force majeure. Mais en général, il n'en est pas ainsi. Le porte-fort garantit au stipulant le fait d'un tiers, dans la supposition que ce fait ne sera pas rendu impossible par des événements extraordinaires et indépendants de la volonté de l'homme; son intention n'est nullement de supporter les risques du *casus* ou de la *vis major*. Le juge déterminera dans chaque cas l'étendue de la garantie, d'après l'intention des parties. Dans la règle, il devra conclure à la libération du porte-fórt, lorsque la réalisation du fait garanti a été rendue impossible par un événement tout à fait imprévu.

Question de fait, que celle de savoir quand il y a inexécution de la part du tiers. En principe, c'est au porte-fort, non au stipulant, qu'incombe l'obligation de faire des démarches auprès du tiers et de le mettre en demeure de déclarer s'il accepte ou s'il refuse d'exécu-

[3] Comp. p. 51.

ter.[4] Si, postérieurement à l'engagement du porte-fort, le tiers s'est obligé vis-à-vis du stipulant, ce dernier n'est pas tenu de poursuivre le tiers en exécution avant de s'adresser au porte-fort. Le porte-fort ne jouit pas du bénéfice de discussion ; il suffit que le tiers n'exécute pas au moment voulu, pour que la dette du porte-fort devienne exigible.

On peut se demander si le porte-fort peut se substituer au tiers et exécuter en son lieu et place, plutôt que de payer des dommages et intérêts. Cela paraît certain, dans les cas où l'*intuitus personæ* est indifférent. Quand on objecte que le porte-fort, obligé au paiement de dommages et intérêts, ne peut être autorisé à modifier unilatéralement l'objet de son obligation, on méconnaît la nature de la promesse de porte-fort, on oublie que le porte-fort n'est pas débiteur d'une simple obligation conditionnelle. Ce que les parties veulent avant tout, c'est l'exécution du fait garanti. Si ce fait rentre dans la catégorie de ceux qui peuvent être accomplis indifféremment par une personne ou par une autre, si le porte-fort a les connaissances et les aptitudes nécessaires, en un mot, si le stipulant n'a pas intérêt à ce que le tiers exécute en personne, il n'y a aucune raison valable pour empêcher le porte-fort de se substituer au tiers. Les dommages et intérêts que le porte-fort doit payer au stipulant en cas d'inexécution ont en quelque sorte un caractère subsidiaire. Le but de cette indemnité est uniquement de réparer le dommage causé au stipulant par l'inexécution ; or, le stipulant ne souffre aucun dommage si le porte-fort prend la place du tiers.

[4] Larombière, sur art. 1120. 5.

Mieux vaut prévenir un dommage que le réparer.

Voici deux exemples, cités par M. Rossel : « Je suis carrossier de mon métier; un client vient me trouver et me commande une victoria ; j'aurais quelque peine à la lui fournir moi-même pour l'époque fixée, mais je promets à mon client que mon collègue X. lui construira la victoria désirée aux conditions et pour la date convenues. Si je m'apercevais que X. ne veut point se mettre au travail dont je l'ai chargé après ma promesse qu'il le ferait, je pourrais encore exécuter l'ouvrage et livrer une victoria de ma fabrication. Ou bien, j'ai promis à X. que Y. lui vendra sa maison pour 50,000 fr. Je vais trouver Y. qui, parce qu'il est l'ennemi de X., ou pour tout autre motif, refuse de conclure marché. Indubitablement, je puis acheter moi-même la maison de Y. ou la faire acheter par un intermédiaire, et exécuter ainsi ma promesse ».

Une pareille substitution ne serait évidemment pas possible dans les cas où la personne du tiers joue un rôle essentiel. Si je vous ai promis que X., excellent architecte, fera les plans et dirigera la construction de votre maison, et que X. refuse de s'en charger, quand bien même j'aurais quelques notions d'architecture, je ne puis prendre sa place, pas plus que je ne suis autorisé à m'adresser à un autre architecte de mon choix. Il conviendra de s'en rapporter toujours à l'intention des parties.

Tout autre est la question suivante : le porte-fort peut-il être contraint à exécuter lui-même le fait garanti ? A cette question, on peut répondre sans hésitation que non. Le porte-fort promet le fait d'un tiers ; il garantit qu'un tiers fera un acte, donnera une chose, exécutera

une prestation quelconque, et ne s'engage nullement à faire l'acte, à donner la chose ou à exécuter la prestation lui-même, comme c'est le cas de la caution. La seule obligation du porte-fort, si le tiers n'exécute pas, c'est de dédommager le stipulant du préjudice que lui a causé l'inexécution. A moins qu'il n'ait manifesté la volonté d'exécuter à la place du tiers, le porte-fort ne peut être condamné, en vertu de l'art. 127, qu'à des dommages et intérêts.

L'art. 127 ne nous donne aucune indication au sujet de la fixation des dommages et intérêts que doit payer le porte-fort. Le C. O. s'occupe, il est vrai, d'une façon générale, de l'obligation de payer des dommages et intérêts dans deux circonstances, à l'art. 116 et aux art. 50 et suiv. Mais l'art. 116 est applicable lorsqu'un débiteur n'a pas exécuté ou n'a exécuté qu'imparfaitement son obligation, et a causé par là un préjudice au créancier; les art. 50 et suiv. le sont dans les cas où une personne doit réparer le préjudice qu'elle a causé à autrui par un acte illicite. L'obligation du porte-fort ne rentre ni dans l'une, ni dans l'autre de ces catégories ; elle n'a pour cause ni un acte illicite, ni l'inexécution d'une obligation. Dès lors, l'art. 116 et les art. 50 et suiv. nous paraissent inapplicables aux cas dans lesquels l'obligation de payer des dommages et intérêts est celle de l'art. 127.[5]

L'obligation du porte-fort de dédommager le stipulant est une obligation contractuelle ; elle a sa cause directe dans la promesse de porte-fort, contrat inter-

[5] Les commentateurs du C. O. estiment en général que l'art. 116 est applicable. C'est que, selon eux, l'obligation du porte-fort consiste à procurer le fait promis, de sorte que si le tiers n'exécute pas, il y a inexécution de l'obligation du porte-fort. (V. p. 30. I.)

venu entre le porte-fort et le stipulant, par lequel le premier garantit au second le fait d'un tiers en s'obligeant à lui payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du tiers. C'est donc uniquement la volonté des parties qui doit diriger le juge dans la fixation des dommages et intérêts. In dubio, le juge sera libre de décider d'après les circonstances, puisqu'il n'est pas lié par une disposition légale.

Il ne peut être question de dommages et intérêts que là où il y a un dommage réellement subi.[6] Si, pour une raison ou pour une autre, le stipulant n'a subi aucun préjudice par le fait de l'inexécution du tiers, le porte-fort se trouve libéré, car il ne peut être obligé de réparer un dommage qui n'existe pas. Mais, s'il y a dommage subi par le stipulant, il y a aussi obligation de le réparer pour le porte-fort. En principe, le porte-fort est tenu de mettre le stipulant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le fait garanti avait été exécuté;[7] il doit réparer tout le dommage subi, aussi bien le gain non réalisé que les pertes éprouvées, le *lucrum cessans* et le *damnum emergens.*

La situation se complique lorsque, postérieurement à la promesse de porte-fort, le tiers s'oblige envers le stipulant à accomplir le fait promis, et ne l'accomplit pas. Le stipulant se trouve alors en présence de deux débiteurs, et comme aucun d'eux ne peut lui opposer le bénéfice de discussion, il peut agir indifféremment contre l'un ou contre l'autre. Le tiers et le porte-fort, tous deux obligés au paiement de dommages et intérêts, ne

[6] Cour de cassation française. 1er mai 1815. (Fuzier Herman.)

[7] *Erfüllungsinteresse* ou *positives Vertragsinteresse*, par opposition au *negatives Vertragsinteresse* (art. 48).

le sont cependant pas au même titre. Tandis que le porte-fort est actionné en exécution de son obligation et ne peut être tenu de payer que les dommages et intérêts auxquels il s'est obligé, le tiers est tenu de toutes les suites de l'inexécution de son obligation ; il est poursuivi en vertu des art. 110 et suiv.,[8] et les dommages et intérêts qu'il doit payer sont ceux de l'art. 116.

« S'il est certain, dit M. Rossel, que le stipulant peut indifféremment, dans l'hypothèse ci-dessus, rechercher l'un ou l'autre, il n'est pas moins certain donc qu'il ne pourra pas formuler les mêmes réclamations contre l'un et l'autre ; et il va de soi qu'il n'est pas fondé à cumuler ses recours. Mais s'il avait, par exemple, recherché le porte-fort avant de s'en prendre au tiers, et qu'il n'eût pas obtenu de celui-là tout ce qu'il est autorisé à demander de celui-ci en vertu des art. 110 et suiv., il pourrait sans contredit le poursuivre pour le surplus d'indemnité. De même, si le stipulant ne parvenait pas à se faire payer du tiers tout ou partie des dommages et intérêts qui lui sont dus, il pourrait actionner le porte-fort jusqu'à concurrence de ce dont ce dernier lui est redevable, mais en déduisant sans doute ce qu'il aurait reçu du tiers. »

Il est évident que la somme des dommages et intérêts payés au stipulant par le tiers et par le porte-fort ne doit pas être supérieure au dommage qui lui a été causé par l'inexécution du fait garanti par le porte-fort, puis promis personnellement par le tiers. Le stipulant doit être placé, autant que faire se peut, dans la situation

[8] A la différence du porte-fort, le tiers peut donc se libérer par la preuve qu'aucune faute ne lui est imputable. Art. 110, in fine.

dans laquelle il se serait trouvé si le tiers avait exécuté le fait en question; il n'a pas droit à une situation plus avantageuse. Il s'ensuit que le stipulant peut cumuler ses recours, mais seulement dans la mesure où il n'a pas été dédommagé complétement. Le tiers et le porte-fort ont tous deux la faculté de refuser au stipulant de lui payer des dommages et intérêts destinés à réparer un dommage qui n'existe plus, et s'ils paient dans ces circonstances, nul doute qu'ils ne puissent l'actionner en restitution (art. 70 et suiv.).

§ 2. Entre le porte-fort et le tiers.

La promesse de porte-fort, contrat par lequel une personne garantit à une autre le fait d'un tiers, indépendamment de tout rapport obligatoire entre le stipulant et le tiers dont le fait est garanti, ne peut avoir par elle-même d'effets qu'entre les parties. Le tiers y demeure absolument étranger; il n'est pas obligé et n'acquiert aucun droit par la promesse de porte-fort. A proprement parler donc, il ne peut être question des effets de cette promesse entre le porte-fort et le tiers.

Mais il arrive fréquemment que la promesse de porte-fort est accompagnée d'un autre acte juridique. Celui qui se porte fort ne se contente pas toujours d'agir en son nom personnel; il agit souvent au nom du tiers dont il garantit le fait. Il en résulte alors des rapports juridiques entre le porte-fort et le tiers d'une part, le tiers et le stipulant d'autre part, rapports soumis aux règles du C. O. en matière de représentation, plus spécialement de mandat et de gestion d'affaires. C'est ainsi que le tiers pourra avoir la faculté de ratifier la pro-

messe faite en son nom par le porte-fort au stipulant, de devenir de cette façon partie dans un contrat synallagmatique avantageux. De tels effets sont dus uniquement à un rapport de représentation entre le porte-fort et le tiers, rapport qui existe souvent à côté de la promesse de porte-fort, mais qu'il faut distinguer de cette dernière.

Il est encore un cas dans lequel il semble résulter de la promesse de porte-fort certains effets entre le promettant et le tiers. C'est lorsque le porte-fort a été condamné à des dommages et intérêts à raison de l'inexécution du fait garanti pour le tiers, puis promis par ce dernier personnellement au stipulant. On admet dans ce cas que le porte-fort jouit d'un recours contre le tiers, car, comme dit M. Rossel, « on peut tenir ces dommages et intérêts payés par lui comme l'ayant été à la décharge du tiers exposé à l'application des art. 110 et suiv. ». Ce recours encore nous paraît absolument indépendant de la promesse de porte-fort. Il a sa cause dans des circonstances postérieures et ne peut être basé que sur les principes des art. 70 et suiv., en matière d'enrichissement illégitime.

La solution la plus équitable serait sans doute d'obliger le stipulant à céder au porte-fort qui le dédommage les actions qu'il peut avoir contre le tiers. Mais nous pensons qu'il faudrait pour cela une disposition expresse de la loi, et si l'on doit modifier le C. O. dans ce sens, il vaudrait mieux encore édicter en faveur du porte-fort un cas de subrogation légale, analogue à celui de l'art. 504.

THÈSES

1. L'art. 127 C. O. régit ce que la doctrine connaît sous le nom de promesse de porte-fort. Il est regrettable qu'on n'ait pas introduit dans le texte légal le terme « porte-fort », comme on l'a fait en droit français. On aurait pu dire, par ex. : Celui qui promet le fait d'un tiers, le porte-fort, est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers.

2. Dans notre droit, la promesse de porte-fort est un contrat de garantie. Si le tiers n'accomplit pas le fait dont le porte-fort a promis l'exécution, ce dernier est tenu à des dommages et intérêts, sans qu'il puisse invoquer l'art. 110 et se libérer par la preuve qu'aucune faute ne lui est imputable.

3. Le porte-fort peut garantir toutes sortes de faits dépendant de la volonté d'un tiers, sauf les cas où sa promesse tomberait sous le coup de l'art. 17.

4. Le cautionnement est un cas spécial de promesse de porte-fort.

5. Il est important de distinguer le cautionnement de la promesse de porte-fort ordinaire, puisqu'il n'est valable que s'il est fait par écrit, tandis que la promesse de porte-fort n'est soumise à aucune condition de forme.

6. La seule distinction entre la promesse de porte-fort et le cautionnement consiste en ce que ce dernier est

un contrat éminemment accessoire, qui ne peut exister que sur une obligation valable, tandis que la promesse de porte-fort intervient en dehors de tout rapport d'obligation entre le stipulant et le tiers, dont le fait est garanti.

7. Le troisième alinéa de l'art. 492 cependant autorise un « cautionnement » dans deux cas où il n'existe pas ou n'existe plus d'obligation principale. C'est là une dérogation aux principes qui sont à la base du cautionnement, dérogation d'autant plus regrettable qu'elle était inutile dans notre Code, puisqu'on avait la disposition de l'art. 127. Il nous semble qu'on ferait dès lors bien de retrancher du Code le troisième alinéa de l'art. 492.

8. En cas d'inexécution de la part du tiers, le porte-fort a la faculté d'exécuter le fait garanti en son lieu et place, lorsque l'*intuitus personæ* est indifférent.

9. A moins que le porte-fort ne se soit expressément obligé à exécuter le fait promis à défaut du tiers, le juge ne peut le condamner qu'à des dommages et intérêts, conformément à l'art. 127.

10. Ces dommages et intérêts *(positives Vertragsinteresse)* sont fixés librement par le juge, qui n'est lié ni par les dispositions des art. 110 et suiv., ni par celles des art. 50 et suiv.

11. Il faudrait ajouter à l'art. 127 un deuxième alinéa ainsi conçu : Le porte-fort qui a dédommagé le stipulant est subrogé aux droits que ce dernier pourrait avoir acquis contre le tiers, jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé.

